

CRIMES



EM LICITAÇÕES

E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

CLEBER MASSON

CRIMES



EM LICITAÇÕES

E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: 09.04.2021

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
 Copyright © 2021 by
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
 Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
 Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
 www.grupogen.com.br

- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

■ Capa: Danilo Oliveira

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Masson, Cleber

Crimes em licitações e contratos administrativos / Cleber Masson. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-596-4066-9

1. Crimes contra administração pública – Brasil. 2. Contratos administrativos – Brasil. 3. Licitação pública – Legislação – Brasil. I. Título.

21-70078

CDU: 343.35(81)

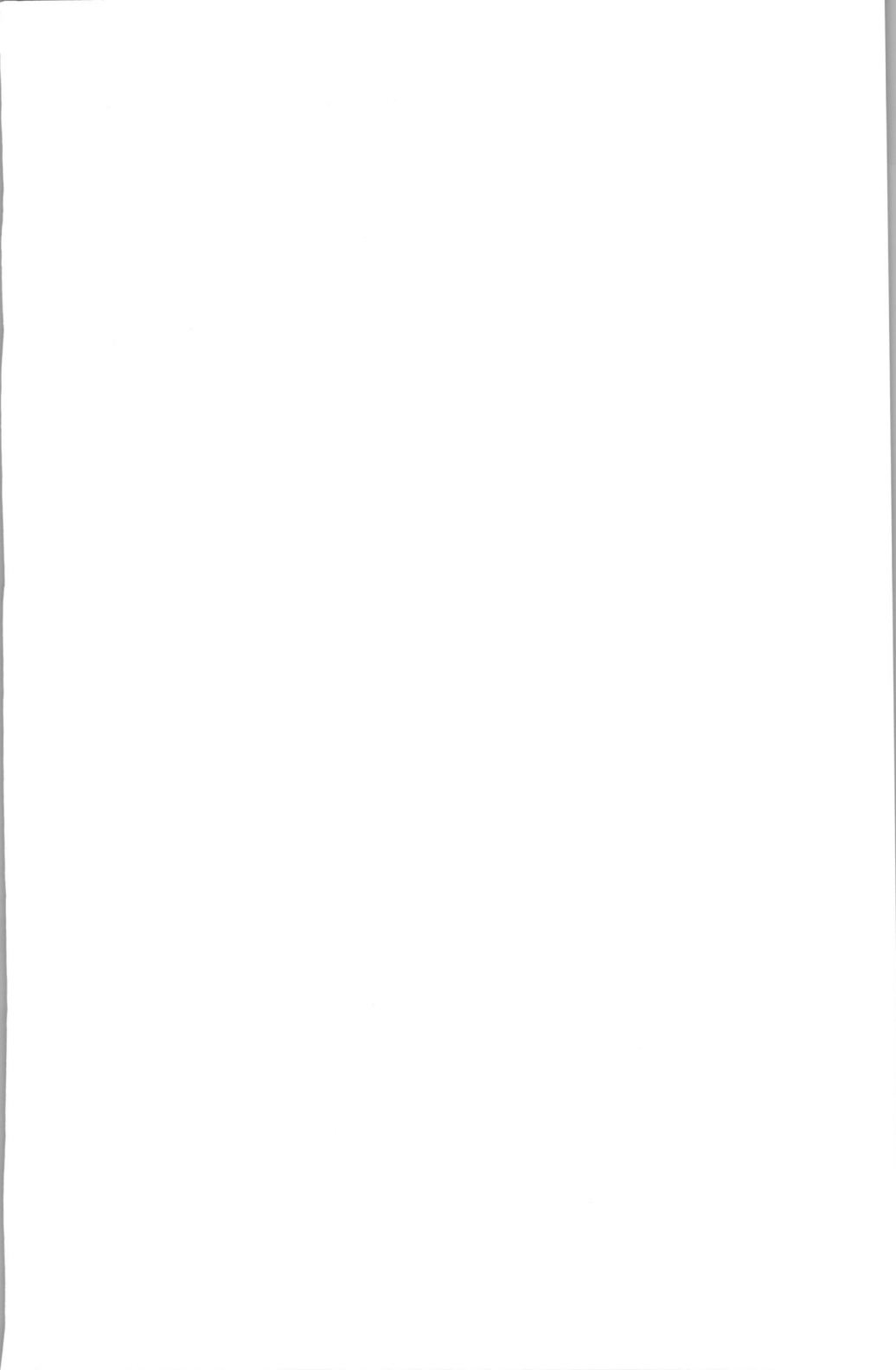
Leandra Felix da Cruz Candido – Bibliotecária – CRB-7/6135

Aos meus pais, que com infindáveis esforços permitiram o alcance de todos os meus objetivos;

À Carol, esposa amada e companheira de todos os momentos, por sempre caminhar ao meu lado e me ajudar a concretizar os sonhos que um dia pareceram impossíveis;

À Maria Luísa e à Rafaela, presentes de Deus que trouxeram completude e o verdadeiro significado à minha vida;

Nessa época tão difícil de pandemia, a todas as pessoas que perderam alguém que tanto amavam.



APRESENTAÇÃO

A Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – acrescentou o Capítulo II-B ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, criando os crimes tipificados em seus arts. 337-E a 337-O, além de implementar uma nova sistemática na pena de multa cominada a tais delitos.

Este livro, em sua 1.^a edição, segue à risca o conteúdo acrescentado ao nosso *Direito Penal – Parte Especial*, volume 3 (11.^a edição). Com o tempo, inevitavelmente tende a ser ampliado, com o acréscimo de informações específicas, quiçá incompatíveis com um manual, porém recomendadas e imprescindíveis em uma monografia.

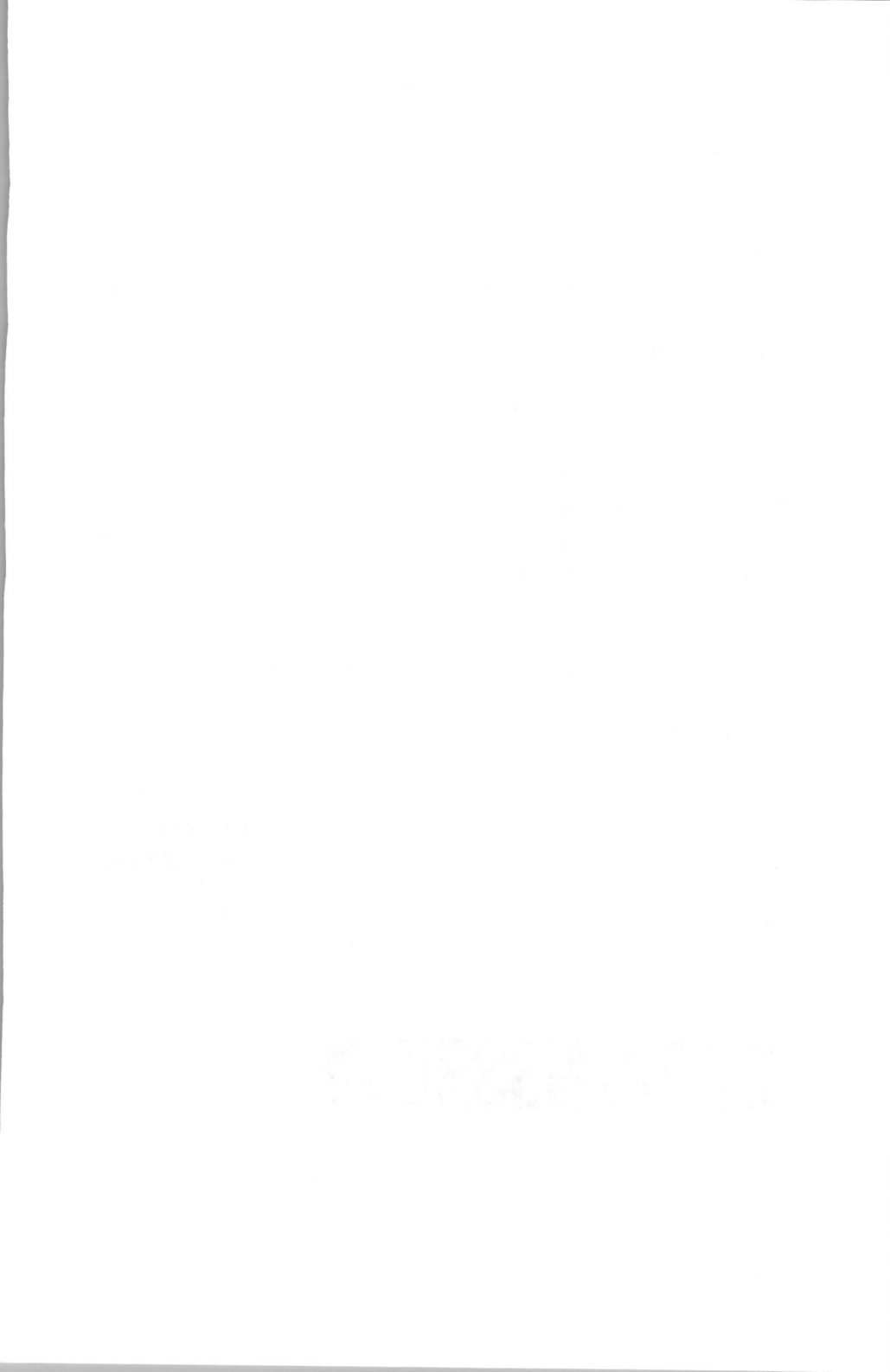
A finalidade desta obra é analisar os mencionados crimes e os institutos a eles relacionados de forma didática e abrangente. Não se trata de tarefa simples, especialmente pelo fato de ainda não existir, ao tempo em que foi redigida, doutrina e jurisprudência acerca desses assuntos.

Os crimes em licitações e contratos administrativos, embora revestidos de elevada importância social e muitas vezes cometidos por autênticas organizações criminosas, durante muito tempo foram deixados em segundo plano, como se fossem um pequeno adendo da Lei 8.666/1993. Com sua incorporação ao Código Penal, somada à atualização das penas, à melhora das redações típicas e à incriminação de novas condutas, essa situação tende a mudar.

Espero que nosso trabalho possa lhe ajudar em seus estudos, bem como na aplicação prática dos arts. 337-E a 337-O do Código Penal.

Abril de 2021.

Cleber Masson





PREFÁCIO

Crimes em licitações e contratos administrativos é a mais nova obra de Cleber Masson. O autor, com quem tenho a honra de trabalhar diariamente no Ministério Público de São Paulo, mais uma vez nos empresta as suas conclusões e conhecimentos, interpretando legislação recente e muito relevante para o Direito brasileiro.

A Lei 14.133/2021 traz significativas alterações no Título XI da Parte Especial do Código Penal, acrescentando-lhe o Capítulo II-B e introduzindo no art. 337 as alíneas “e” a “p”, modificando e criando tipos penais em atendimento a uma necessária revisão legislativa desse tema tão significativo para a administração pública e para o bem-estar social.

De forma circunstanciada, o autor analisa a nova legislação enfrentando toda a sua complexidade com raciocínio jurídico lógico e a sua já conhecida linguagem absolutamente clara, decifrando de modo objetivo e preciso as razões e finalidades que levaram o legislador a elaborar o novo diploma.

Tudo isso sem deixar de realizar a necessária crítica, sempre muito bem construída e teoricamente embasada, apontando contradições e propondo até mesmo a melhor solução para os conflitos sempre presentes por ocasião da entrada em vigor de nova legislação no campo penal.

Trata-se de estudo de notória conveniência e oportunidade, pois os tipos penais analisados descrevem comportamentos humanos extremamente lesivos, em sua maioria relacionados aos processos de licitação, configurando verdadeiras formas especializadas de corrupção, cuja prevenção e repressão são pautas verdadeiramente emergenciais para o nosso país.

O Promotor de Justiça Cleber Masson é hoje um dos protagonistas da atuação do Ministério Público de São Paulo no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, diariamente confeccionando arrazoados e montando a litigância estratégica da instituição nos tribunais superiores. Está, dessa forma, absolutamente atualizado e conectado com as mais recentes decisões e tendências, experiência que nos é compartilhada também neste trabalho.

O Professor Cleber Masson conta com vários trabalhos doutrinários e o seu curso de Direito Penal é hoje referência obrigatória não só para os profissionais do direito, mas também para os acadêmicos e os candidatos a concursos públicos.

Notabilizou-se também como um dos melhores professores em cursos preparatórios, adaptando-se rapidamente à era das aulas telepresenciais, sendo determinante para o sucesso daqueles que almejam a carreira pública.

A qualidade da obra que lhes apresento já seria motivo suficiente para me sentir honrado. O fato de ter sido escrita por Cleber Masson me traz verdadeira alegria e orgulho.

Por tudo isso, só me resta agradecer o honroso convite e apostar que prefaciei uma grande referência doutrinária para a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça de São Paulo.

Professor de Direito Penal da Fundação

Armando Álvares Penteado – FAAP.

SUMÁRIO

1.	Introdução	1
2.	Princípio da insignificância	3
3.	A responsabilidade penal da pessoa jurídica	4
4.	Pena de multa	4
5.	Crimes em licitações e contratos administrativos e normas processuais	6
6.	Competência	7
7.	Lei de Licitações e Contratos Administrativos e conceito de agente público	7
8.	Crimes de dano <i>versus</i> crimes de perigo	7

ART. 337-E

CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL	9
1. Dispositivo legal	9
2. Evolução legislativa	9
3. Introdução	10
4. Objetividade jurídica	11
5. Objeto material	12
6. Núcleos do tipo	12
7. Sujeito ativo	13
8. Sujeito passivo	14
9. Elemento subjetivo	14
9.1. Processo de contratação direta e parecer jurídico favorável	15

10. Consumação.....	15
11. Tentativa.....	16
12. Ação penal.....	16
13. Lei 9.099/1995.....	16
14. Classificação doutrinária	16

ART. 337-F

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO

	17
1. Dispositivo legal	17
2. Evolução legislativa.....	18
3. Introdução	18
4. Lei Anticorrupção.....	19
5. Objetividade jurídica	19
6. Objeto material.....	20
7. Núcleos do tipo	20
8. Sujeito ativo	21
9. Sujeito passivo	22
10. Elemento subjetivo	22
11. Consumação	22
12. Tentativa.....	23
13. Ação penal.....	23
14. Lei 9.099/1995.....	23
15. Classificação doutrinária	23

ART. 337-G

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA.....

	25
1. Dispositivo legal	25
2. Evolução legislativa.....	26
3. Introdução	26
4. Objetividade jurídica	27

5. Objeto material.....	27
6. Núcleo do tipo	28
7. Sujeito ativo	29
8. Sujeito passivo	30
9. Elemento subjetivo	30
10. Consumação.....	30
11. Tentativa.....	31
12. Ação penal.....	31
13. Lei 9.099/1995.....	32
14. Classificação doutrinária	32

ART. 337-H

MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO

33

1. Dispositivo legal	33
2. Evolução legislativa.....	34
3. Lei Anticorrupção.....	35
4. Objetividade jurídica	35
5. Objeto material.....	36
6. Núcleos do tipo	36
7. Sujeito ativo	41
7.1. Pagamento irregular em contrato administrativo e crime de Prefeito.....	41
8. Sujeito passivo	42
9. Elemento subjetivo	42
9.1. A problemática relacionada ao parecer jurídico	42
10. Consumação	43
11. Tentativa.....	44
12. Ação penal.....	44
13. Lei 9.099/1995.....	44
14. Classificação doutrinária	44

ART. 337-I

PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO	47
1. Dispositivo legal	47
2. Evolução legislativa	48
3. Introdução	48
4. Lei Anticorrupção.....	49
5. Objetividade jurídica	49
6. Objeto material.....	50
7. Núcleos do tipo	50
8. Sujeito ativo	51
9. Sujeito passivo	51
10. Elemento subjetivo	51
11. Consumação.....	51
12. Tentativa.....	52
13. Ação penal.....	52
14. Lei 9.099/1995.....	52
15. Classificação doutrinária	52

ART. 337-J

VIOLAÇÃO DE SIGILO EM LICITAÇÃO	53
1. Dispositivo legal	53
2. Evolução legislativa	54
3. Introdução	54
4. Objetividade jurídica	55
5. Objeto material.....	55
6. Núcleos do tipo	56
7. Sujeito ativo	57
8. Sujeito passivo	57
9. Elemento subjetivo	57
10. Consumação.....	57
11. Tentativa.....	58

12. Ação penal.....	58
13. Lei 9.099/1995.....	58
14. Classificação doutrinária	58
15. Código Penal Militar.....	59

ART. 337-K

AFASTAMENTO DE LICITANTE.....	61
1. Dispositivo legal	61
2. Evolução legislativa	62
3. Introdução	63
4. Lei Anticorrupção.....	63
5. Objetividade jurídica	63
6. Objeto material.....	63
7. Núcleo do tipo	64
7.1. Figura equiparada: art. 337-K, parágrafo único	65
8. Sujeito ativo	67
9. Sujeito passivo	67
10. Elemento subjetivo	67
11. Consumação	67
12. Tentativa.....	68
13. Ação penal.....	68
14. Lei 9.099/1995	68
15. Emprego de violência e soma das penas.....	69
16. Classificação doutrinária	69

ART. 337-L

FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO.....	71
1. Dispositivo legal	71
2. Evolução legislativa.....	72
3. Introdução	73
4. Lei Anticorrupção.....	73

5.	Objetividade jurídica	74
6.	Objeto material.....	74
7.	Núcleo do tipo	76
8.	Sujeito ativo	77
9.	Sujeito passivo	78
10.	Elemento subjetivo	78
11.	Consumação.....	78
12.	Tentativa.....	79
13.	Ação penal.....	79
14.	Lei 9.099/1995.....	79
15.	Classificação doutrinária	79

ART. 337-M

CONTRATAÇÃO INIDÔNEA	81
1. Dispositivo legal.....	81
2. Evolução legislativa.....	82
3. Introdução	82
3.1. Situações especiais de declaração de inidoneidade ...	84
4. Objetividade jurídica	84
5. Objeto material.....	85
6. Núcleos do tipo	85
6.1. Figuras equiparadas: art. 337-M, § 2.º	86
7. Sujeito ativo	87
8. Sujeito passivo	87
9. Elemento subjetivo	87
10. Consumação	88
11. Tentativa.....	89
12. Ação penal.....	89
13. Lei 9.099/1995.....	89
14. Classificação doutrinária	89

ART. 337-N

IMPEDIMENTO INDEVIDO	91
1. Dispositivo legal	91
2. Evolução legislativa	92
3. Introdução	92
4. Objetividade jurídica	94
5. Objeto material	94
6. Núcleos do tipo	95
7. Sujeito ativo	96
8. Sujeito passivo	97
9. Elemento subjetivo	97
10. Consumação	97
11. Tentativa	97
12. Ação penal	98
13. Lei 9.099/1995	98
14. Classificação doutrinária	98

Art. 337-O

OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA	99
1. Dispositivo legal	99
2. Introdução	100
3. Objetividade jurídica	100
4. Objeto material	101
5. Núcleos do tipo	101
6. Sujeito ativo	104
7. Sujeito passivo	105
8. Elemento subjetivo	105
8.1. Fim de obter benefício e aumento da pena	105
9. Consumação	105
10. Tentativa	106

11. Ação penal.....	106
12. Lei 9.099/1995.....	106
13. Classificação doutrinária	107
BIBLIOGRAFIA.....	109

1. INTRODUÇÃO

Esse capítulo foi criado pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Seu art. 178 acrescentou ao Código Penal, entre os crimes contra a Administração Pública, os arts. 337-E a 337-P, nele incluindo 11 novos tipos penais, além de trazer uma nova regulamentação à pena de multa no âmbito dos crimes em licitações e contratos administrativos.

Em face da determinação elencada pelo art. 185 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os delitos catalogados no Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Código Penal, consistentes nos crimes em licitações e contratos administrativos, também incidem nas licitações e contratos regidos pela Lei 13.303/2016, a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Antes da entrada em vigor da Nova Lei, essa matéria era disciplinada pelos arts. 89 a 99 da Lei 8.666/1993, a antiga “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

Os delitos ora contemplados pelo Código Penal, em sua esmagadora maioria, não são novidades no ordenamento jurídico brasileiro. Como veremos, muitas dessas infrações penais já eram tratadas pela Lei 8.666/1993.

A Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em primeiro lugar, modificou as redações dos tipos penais, deixando-as em conformidade com as disposições nela contidas. Além disso, os crimes agora contam com denominações legais (*nomen iuris*), apresentando rubricas marginais que indicam as nomenclaturas atribuídas pelo legislador a cada figura penal, circunstância que não se verificava na égide da Lei 8.666/1993. Também foi criado o crime de omissão grave de dado ou de informação por projetista, catalogado no art. 337-O do Código Penal.

Mas, acima de tudo, a Nova Lei atribuiu aos crimes em licitações e contratos administrativos, em sua maior parte, penas privativas de liberdade sensivelmente mais elevadas do que aquelas outrora previstas na Lei 8.666/1993.

O legislador finalmente despertou quanto à gravidade de tais condutas e ao prejuízo por elas causado à coletividade, lesando sobretudo a parcela da população mais dependente da atuação efetiva do Poder Público. Percebeu-se, também, que muitas vezes as fraudes em licitações e contratos administrativos contam com a atuação de organizações criminosas, na forma definida pelo art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 – Lei do Crime Organizado.

E não é só. Os crimes da Lei 8.666/1993 possuíam penas extremamente brandas, fator que, somado à morosidade da Justiça Penal, à complexidade da apuração dos fatos e, não raras vezes, ao foro por prerrogativa de função dos acusados (prefeitos, governadores etc.), levava muitas vezes à extinção da punibilidade em razão da prescrição. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“As dinâmicas de perpetração e investigação de crimes de responsabilidade e de crimes contra a Lei de Licitações, de caráter mais burocrático, possuem dinâmica temporal diversa de outros crimes, como roubo, tráfico, homicídio. As investigações geralmente partem de conclusões extraídas por órgãos de controle, como tribunais de contas e controladorias, no bojo de procedimentos posteriores, que nunca ocorrem em paralelo aos fatos em apuração, o que gera uma aparente solução de continuidade entre a perpetração de crimes e a imposição de medidas acautelatórias. Esses crimes ocorrem no aparelho burocrático, no bojo de procedimentos administrativos, e só vêm a público após a instauração de outros procedimentos administrativos instaurados para fins de correição e de controle. Ao mesmo tempo, os administradores seguem suas atividades e, se dedicados à malversação de recursos públicos, seguirão constrangendo as práticas da boa administração, que só serão de conhecimento público muito tempo depois.”¹

Cumprе também destacar que, além dos crimes definidos nesse capítulo, outros delitos podem ser cometidos no contexto de uma licitação ou de um contrato administrativo. São exemplos frequentes,

¹ HC 567.154/PB, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª Turma, j. 23.06.2020.

além da organização criminosa, a prática de corrupção ativa (CP, art. 333) e de corrupção passiva (CP, art. 317), uso de documento falso (CP, art. 304) e estelionato (CP, art. 171).

Embora rara, nada impede até mesmo a ocorrência de um homicídio na seara de uma licitação, a exemplo do que se verifica quando um dos licitantes, como retaliação à sua derrota em procedimento licitatório, vem a matar um dos membros da comissão de contratação, compreendida como o conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares (art. 6º, L, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Sem prejuízo da responsabilidade penal, aquele que comete crime em licitação ou contrato administrativo também pode se sujeitar à punição em outras esferas jurídicas, seja no âmbito disciplinar, seja pela prática de ato de improbidade administrativa, definido na Lei 8.429/1992, seja inclusive no campo político, a exemplo do *impeachment* do chefe do Poder Executivo.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, ou da criminalidade de bagatela, funciona como causa supralegal de exclusão da tipicidade. Embora o fato se revista de tipicidade formal, pois se amolda ao modelo de crime descrito na lei penal, não é dotado de tipicidade material, compreendida como a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Esse princípio é **incompatível com os crimes definidos nos arts. 337-E a 337-O do Código Penal**.

De fato, não há falar em irrelevância penal em questões envolvendo licitações e contratos administrativos, nas quais o objeto, necessariamente dotado de interesse público, apresenta valor econômico que não se pode rotular como ínfimo ou irrisório.

Ademais, o fato apresenta elevado grau de ofensividade, pois prejudica a sociedade como um todo, e o agente nele envolvido goza

de intensa reprovabilidade, por sobrepor seus anseios às necessidades coletivas.

Finalmente, não se pode olvidar que os delitos em licitações e contratos administrativos estão alocados no Título XI do Código Penal, entre os crimes contra a Administração Pública, razão pela qual incide a **Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça**: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.”

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

As licitações e os contratos administrativos, em sua maioria, envolvem relações entre o Poder Público e pessoas jurídicas. Como corolário dessa afirmação, surge uma pergunta: Admite-se a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 337-E a 337-O do Código Penal por pessoa jurídica?

A resposta é negativa. Nada obstante o sistema jurídico-penal brasileiro admita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sua incidência é restrita às hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, tal como se dá no art. 225, § 3.º, atinente aos crimes ambientais.

Não há previsão constitucional análoga em relação aos delitos em licitações e contratos administrativos. Portanto, é preciso concluir que a imputação criminal não pode recair diretamente na pessoa jurídica envolvida na empreitada ilícita, e sim sobre as pessoas físicas que a representam, desde que tenham, evidentemente, atuado dolosamente visando a produção do evento criminoso.

4. PENA DE MULTA

Aos crimes em licitações e contratos administrativos são cominadas, cumulativamente, pena privativa de liberdade e pena de multa.

Na sistemática da Lei 8.666/1993, seu art. 99 continha a seguinte redação: “Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a

98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1.º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. § 2.º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.”

Existia, portanto, uma metodologia diferenciada daquela prevista no art. 49 do Código Penal, em que se adota o **sistema do dia-multa**.

Esse panorama mudou com a Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A matéria está tratada no art. 337-P do Código Penal: “A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.”

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.	Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1.º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. § 2.º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Destarte, a pena de multa nos crimes em licitações e contratos administrativos é calculada de acordo com os parâmetros delineados no art. 49 do Código Penal. Será de no mínimo 10 (dez), e no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O dia-multa, por sua vez, não poderá ser inferior a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, nem

superior a 5 (cinco) vezes esse salário, e será calculado com base na situação econômica do réu (CP, art. 49, *caput* e § 1.º, e art. 60, *caput*).

Além disso, a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (CP, art. 60, § 1.º).

O art. 337-P do Código Penal faz uma ressalva: a pena de multa **não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta**. Essa trava de baixa somente é cabível nas hipóteses de contratos diretamente celebrados, ou seja, sem prévia licitação. Nos contratos antecedidos de processo licitatório, não há falar no piso mínimo de 2% do valor do contrato.

Finalmente, na vigência da Lei 8.666/1993 o produto da arrecadação da multa era revertido, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal (art. 99, § 2.º). A pena de multa desempenhava uma indiscutível função arrecadatória em prol dos mencionados entes federativos.

Agora, o valor da pena de multa deve ser revertido ao Fundo Penitenciário, Nacional ou Estadual, a depender do caso concreto. É o que se extrai da regra inscrita no art. 49, *caput*, do Código Penal.

5. CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E NORMAS PROCESSUAIS

O art. 193, I, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos revogou expressamente, na data da sua publicação, os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993.

Destarte, além dos antigos crimes de licitações (arts. 89 a 98) e da extinta sistemática da pena de multa (art. 99), também foram revogados os arts. 100 a 108 da Lei 8.666/1993, os quais continham disposições processuais aplicáveis aos delitos nela definidos, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal (art. 108).

Agora, em relação aos crimes previstos nos arts. 337-E a 337-O do Código Penal – “Crimes em licitações e contratos administrati-

vos”, não há falar em regras processuais específicas. Aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal, como acontece no tocante aos crimes em geral.

6. COMPETÊNCIA

Os crimes em licitações e contratos administrativos são, em regra, de competência da Justiça Estadual.

Será competente a Justiça Federal, entretanto, quando o delito for praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor da regra contida no art. 109, IV, da Constituição Federal.

7. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

O art. 6.º, V, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos define **agente público**, para os fins desta Lei, como o “indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública.”

Os crimes em licitações e contratos administrativos atualmente encontram-se incorporados ao Código Penal, em seus arts. 337-E a 337-O, razão pela qual deve ser aplicado, a tais delitos, o conceito de funcionário público definido no art. 327, *caput*, do Código Penal.

8. CRIMES DE DANO *VERSUS* CRIMES DE PERIGO

Na vigência da Lei 8.666/1993 formou-se relevante corrente doutrinária e jurisprudencial classificando como “de perigo” os crimes em licitações e contratos administrativos. Essa linha de pensamento, para muitos, deve ser mantida após a entrada em vigor dos arts. 337-E a 337-O do Código Penal.

Temos posição em sentido contrário. Os delitos em licitações e contratos administrativos são **crimes de dano**.

Com efeito, as condutas tipificadas nos arts. 337-E a 337-O do Código Penal ofendem, entre outros valores, a moralidade administrativa, a impessoalidade, a ética e a probidade dos agentes públicos, a regularidade, a lisura, a transparência e o caráter competitivo do processo licitatório, bem como a integridade e a higidez do contrato administrativo. Além disso, estão alocados no Título XI da Parte Especial do Código Penal, entre os **crimes contra a Administração Pública**.

Não se pode conceber os crimes em licitações e contratos administrativos como crimes de perigo, ou seja, delitos que se consumam com a probabilidade de lesão ao bem jurídico. Em verdade, há dano ao bem jurídico tutelado: a Administração Pública.

Essa conclusão não se altera pelo fato de não ser exigido o prejuízo econômico para a consumação de vários delitos catalogados no Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Código. Tais crimes não se esgotam na ofensa ao patrimônio dos entes públicos. Aperfeiçoam-se independentemente disso, com o dano aos valores éticos e morais que envolvem a Administração Pública.

ART. 337-E

CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

Classificação: Crime simples Crime próprio Crime material ou causal Crime de dano Crime de forma vinculada Crime comissivo (regra) Crime instantâneo ou instantâneo de efeitos permanentes Crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário e de condutas paralelas Crime plurissubsistente	Informações rápidas: Objeto material: a contratação direta, a qual somente pode ocorrer nas hipóteses taxativamente previstas em lei, de inexigibilidade e de dispensa de licitação. Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa. Tentativa: admite (crime plurissubsistente). Ação penal: pública incondicionada.
--	--

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 89 da Lei 8.666/1993 contemplava crime semelhante ao delito ora tipificado no art. 337-E do Código Penal:

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.	Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Além da alteração da redação do tipo penal, o art. 337-E do Código Penal comina pena privativa de liberdade sensivelmente mais grave.

3. INTRODUÇÃO

A licitação é a regra geral para a contratação pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurando a concorrência entre os participantes, com o escopo de obter a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Nos termos do art. 11 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos o processo licitatório destina-se a: I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Entretanto, a Nova Lei admite, em situações excepcionais, a contratação direta, isto é, desacompanhada do antecedente processo licitatório. São as hipóteses, **expressamente previstas em lei, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.**

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, ciente de casos peculiares incompatíveis com a demora e com o rito do processo licitatório, abre

espaço para a contratação direta, e transfere ao legislador ordinário a sua regulamentação.

O administrador público, evidentemente, não pode proceder à contratação direta ao seu bel-prazer. Além de respeitar as hipóteses previstas em lei, deve realizar um “**processo de contratação direta**”, a ser instruído com os seguintes documentos: I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos; III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI – razão de escolha do contratado; VII – justificativa de preço; VIII – autorização da autoridade competente.

Em respeito à transparência e à lisura que devem nortear a atuação do administrador público, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (art. 72, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Finalmente, na hipótese de contratação direta ilegal, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 73 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Entre as “sanções legais cabíveis”, destaca-se a caracterização do crime de contratação direta ilegal, definido no art. 337-E do Código Penal.

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no tocante ao interesse público, à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à transparência e à publicidade que devem nortear as contratações diretas, bem como à probidade administrativa dos agentes públicos envolvidos na sua celebração.

5. OBJETO MATERIAL

É a **contratação direta**, a qual somente pode ocorrer nas hipóteses, taxativamente previstas em lei, de inexigibilidade e de dispensa de licitação. Em outras palavras, não há como se ampliar, no plano concreto, as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação definidas pelo legislador.

A **inexigibilidade**, definida no art. 74 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, se verifica quando a competição se apresenta como inviável, a exemplo da aquisição de equipamento que somente possa ser fornecido por produtor exclusivo.

De seu turno, a **dispensa**, regulamentada pelo art. 75 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ocorre em situações nas quais, ao menos em tese, há viabilidade de licitação, mas o legislador optou por torná-la facultativa, tal como se dá na aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras, assim definidas pelo Ministério da Saúde.

O art. 337-E do Código Penal constitui-se em **norma penal em branco homogênea heterovitelina**. Seu preceito primário depende de complementação, situada nos arts. 74 e 75 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

6. NÚCLEOS DO TIPO

São três: “admitir”, “possibilitar” e “dar” causa.

Admitir é aceitar, concordar, consentir. **Possibilitar** equivale a viabilizar, permitir, tornar algo possível. **Dar** causa, por sua, significa ensejar, contribuir. As condutas se dirigem à contratação direta ilegal, ou seja, fora das hipóteses previstas em lei.

Trata-se de **crime de forma vinculada**, pois o contrato administrativo depende das formalidades elencadas pelos §§ 1.º e 2.º do art. 89 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.¹

¹ “§ 1.º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo

Caracteriza-se o delito tanto quando a iniciativa é do agente público, representando o órgão público contratante (exemplo: o secretário municipal entra em contato com uma determinada empresa, sugerindo a contratação direta ilegal), bem como quando a contratação direta parte do particular (exemplo: o representante legal de uma empresa propõe ao Prefeito a celebração de contrato administrativo com dispensa de licitação, quando o caso concreto não a autoriza).

Cuida-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**: se forem praticados dois ou mais núcleos, envolvendo a mesma contratação direta ilegal, estará caracterizado um único delito, como na situação em que o agente público dolosamente admite a contratação direta ilegal proposta pelo particular e, depois, adota medidas eficazes para dar causa à celebração do contrato administrativo.

Embora normalmente seja praticado por ação (crime comissivo), o delito inscrito no art. 337-E do Código Penal também pode ser cometido mediante omissão (crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão), quando o omitente tinha o dever de agir e podia agir para evitar o resultado (CP, art. 13, § 2.º), como no exemplo em que o Prefeito, sabendo que o Secretário de Educação está celebrando uma contratação direta ilegal, nada faz para evitar o resultado, razão pela qual o crime também deverá ser a ele imputado.

Estará caracterizado um novo delito, autônomo em relação ao anterior, no caso de **prorrogação da contratação direta ilegal**. Essa renovação não é obrigatória e, mais do que isso, representa nova violação do art. 337-E do Código Penal.

7. SUJEITO ATIVO

A contratação direta ilegal é **crime próprio ou especial**, pois somente pode ser cometido pelo agente público dotado da prerrogativa

da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. § 2.º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta."

de deliberar acerca da exigência ou da dispensa ou inexigibilidade de licitação e, posteriormente, celebrar o contrato administrativo. Essa pessoa deve ser identificada em cada ente federativo, e normalmente é representada pelo ordenador de despesas ou, em último grau, pela autoridade máxima da Administração Pública (prefeito, governador ou Presidente da República).

Admite-se o concurso de pessoas, em ambas as modalidades, a saber, coautoria e participação. Pensemos no exemplo em que o filho do Prefeito o convence a celebrar a contratação indireta ilegal de uma determinada empresa. O crime catalogado no art. 337-E deverá ser imputado a todos os envolvidos em sua prática.

É também **crime plurissubjetivo, plurilateral** ou **de concurso necessário**: a celebração do contrato administrativo depende da atuação conjunta do representante da Administração Pública (contratante) e também da pessoa física ou jurídica contratada, que sempre estará (ou ao menos deveria estar) ciente da ilegalidade da dispensa ou da inexigibilidade da licitação, uma vez que as hipóteses legais são do conhecimento obrigatório de todas as pessoas, especialmente daquelas que contratam com entes públicos.

Além disso, trata-se de **crime de condutas paralelas**, pois todos os agentes colaboram para produção de igual resultado, qual seja, a contratação direta ilegal.

8. SUJEITO PASSIVO

É o Estado e, mediatemente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela contratação direta ilegal, a exemplo da empresa que tinha interesse em participar do processo licitatório indevidamente dispensado.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na intenção de admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. Não se admite a modalidade culposa.

Em nossa opinião, não se reclama nenhuma finalidade especial (elemento subjetivo específico), consistente na vontade de causar dano ao erário ou de obter vantagem indevida, para si ou para terceiro. O tipo penal claramente não condiciona a existência do delito a nenhum fator desta qualidade.

9.1. Processo de contratação direta e parecer jurídico favorável

O art. 72, III, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estatui que o processo de contratação direta deve ser instruído por “parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos.”

No caso concreto, a existência de parecer jurídico favorável à contratação direta funciona como forte indicativo da ausência do dolo exigido para a caracterização do crime tipificado pelo art. 337-E do Código Penal. Mas o delito não estará automaticamente afastado. Com efeito, os elementos probatórios podem demonstrar conluio ou desvio de finalidade com o parecerista, evidenciando a total ciência do agente público quanto à ilegalidade da contratação direta.

10. CONSUMAÇÃO

A contratação direta ilegal é **crime material** ou **causal**: consuma-se com a contratação direta, fora das hipóteses previstas em lei. Prescinde-se, todavia, da causação de prejuízo econômico ao erário, embora tal acontecimento normalmente esteja presente em situações de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação. Basta a contratação direta ilegal, com a potencialidade de lesar os cofres públicos ou de proporcionar vantagem ilícita a alguém, suficiente por si só a ofender a moralidade administrativa. Exemplo: o Município contrata diretamente uma empresa para fornecimento de determinados produtos, mas antes de qualquer entrega e de pagamento o negócio jurídico é anulado pelo Poder Judiciário, no bojo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

É também **crime instantâneo**, pois a consumação se dá no momento da celebração do contrato sem licitação, embora seus efeitos possam se prolongar no tempo, durante a vigência do contrato ad-

ministrativo. Nesse caso, estará configurado um **crime instantâneo de efeitos permanentes**.

11. TENTATIVA

É cabível, em face do caráter plurissubsistente do delito. Exemplo: um secretário municipal deflagra o processo para contratação direta de uma empresa, porém, antes da assinatura da avença, a iniciativa vem a ser revogada pelo Prefeito.

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

13. LEI 9.099/1995

A contratação direta ilegal constitui-se em **crime de elevado potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 4 a 8 anos, e multa – inviabiliza a incidência de qualquer dos benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A contratação direta ilegal é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** (somente pode ser cometido pelo funcionário público autorizado a efetuar a contratação direta); **material** ou **causal** (a consumação reclama a produção do resultado naturalístico, consistente na celebração do contrato administrativo); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma vinculada** (o contrato administrativo deve respeitar as formalidades previstas em lei); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consoma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo) ou **instantâneo de efeitos permanentes** (quando seus efeitos se arrastam no tempo, após a consumação); **plurissubjetivo**, **plurilateral** ou **de concurso necessário** (exige-se a participação de ao menos duas pessoas, contratante e contratado) e **de condutas paralelas** (os agentes buscam o mesmo fim); e **plurissubsistente**.

ART. 337-F

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.”

Classificação:

Crime simples

Crime comum

Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado

Crime de dano

Crime de forma livre

Crime comissivo (regra)

Crime instantâneo

Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual

Crime plurissubsistente

Informações rápidas:

Objeto material: o processo licitatório.

Elemento subjetivo: dolo, (elemento subjetivo específico – obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente do objeto da adjudicação).

Tentativa: admite (crime plurissubsistente).

Ação penal: pública incondicionada.

Lei Anticorrupção: as sanções nela contida não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-F do Código Penal.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 90 da Lei 8.666/1993, revogado pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, contemplava crime semelhante ao atualmente tipificado pelo art. 337-F do Código Penal, etiquetado pelo legislador como “frustração do caráter competitivo da licitação”.

Além da atualização redacional, o novo tipo penal apresenta pena privativa de liberdade mais elevada do que aquela contida no art. 90 da Lei 8.666/1993.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.	Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

3. INTRODUÇÃO

A licitação destina-se, entre outras finalidades, a proporcionar a igualdade de competição entre todos os interessados em contratar com o Poder Público. Trata-se de determinação imposta pela Constituição Federal, em seu art. 37, XXI:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

O art. 5.º da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos afirma incisivamente que, na sua aplicação, devem ser observados diversos princípios, destacando-se a impessoalidade, a moralidade, a eficiência, a probidade administrativa, a igualdade e a competitividade.

Mais do que um desdobramento do princípio da isonomia (CF, art. 5.º, *caput*), a igualdade de condições entre os licitantes visa a garantia das condições de contratação mais vantajosas em favor da Administração Pública, que poderá optar pelos melhores serviços, bens ou projetos, em troca do menor pagamento possível, além de preservar os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Além da incriminação desta conduta, o art. 9.º, I, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos preceitua ser vedado ao agente público designado para atuar na área de licitação e contratos, ressalvados os casos previstos em lei, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório.

Finalmente, o art. 155, XI, da Nova Lei dispõe que o licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pela infração consistente em praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação.

4. LEI ANTICORRUPÇÃO

O art. 5.º, IV, “a”, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção arrola, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, a conduta de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”.

Embora tal diploma legislativo disponha apenas sobre a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas**, as sanções nela contidas obviamente não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-F do Código Penal.

5. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é a Administração Pública, relativamente à igualdade entre todos os licitantes, à impessoalidade e à moralidade administrativa.

6. OBJETO MATERIAL

É o processo licitatório, no tocante ao seu caráter competitivo.

7. NÚCLEOS DO TIPO

São dois: frustrar e fraudar.

Frustrar é atrapalhar ou prejudicar. **Fraudar**, por sua vez, equivale a enganar, iludir ou ludibriar. Os verbos são análogos, e bastaria a previsão pelo legislador de um só deles, pois ambas as condutas são direcionadas a eliminar ou cercear o caráter competitivo da licitação, atendendo à intenção do agente de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Adjudicação é o ato vinculado pelo qual a Administração Pública atribui o objeto da licitação ao licitante vencedor, assegurando-lhe o direito, salvo exceções legais, de celebrar o contrato administrativo para o qual se realizou o processo licitatório.

Um exemplo típico desse delito se verifica quando o agente público responsável pela licitação, na modalidade pregão, procede à divulgação do edital em local acessível a poucas pessoas, e deixa propositalmente de publicá-lo no sítio eletrônico oficial, ou então quando aquele que deseja contratar com o Poder Público retira o edital do local em que normalmente tais instrumentos são publicados no recinto da prefeitura de pequena cidade interiorana, visando afastar outros licitantes, que não chegam a ter conhecimento do leilão. Busca-se, com tais comportamentos, ofender a disposição veiculada pelo art. 31, § 3º, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“Art. 31, § 3.º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.”

Paulo José da Costa Júnior exemplifica com uma situação que era muito frequente no passado, mas que diminuiu sensivelmente com

o avanço da *internet*: a divulgação de falsa notícia de que a licitação fora eliminada ou adiada.¹

Outros exemplos frequentes desse delito são o **sobreprego**, prática nefasta em que os licitantes, de comum acordo, apresentam propostas contendo preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, e o **rodízio**, especialmente nas cidades de pequeno porte, no qual os licitantes fracionam entre si os processos licitatórios, combinando quem irá vencer cada um dos certames.

A conduta, em regra, é praticada por ação (crime comissivo), mas nada impede a imputação do crime a quem se omitiu, quando tinha o dever de agir e podia agir para evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, do Código Penal (crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão), tal como na hipótese do superior hierárquico que, ao perceber a atitude fraudulenta do seu subalterno, destinada a frustrar a competitividade da licitação, dolosamente permanece inerte, e assim contribui para o aperfeiçoamento do delito.

8. SUJEITO ATIVO

O crime é **comum** ou **geral**. Pode ser cometido por qualquer pessoa, isto é, tanto pelo agente público responsável pela licitação como por qualquer indivíduo que realize manobra ilícita destinada a abalar o caráter competitivo da licitação.

Na prática, normalmente tais pessoas agem com unidade de desígnio, unindo esforços para o resultado final, e devem responder conjuntamente pelo delito, em respeito à teoria unitária ou monista adotada pelo art. 29, *caput*, do Código Penal em relação ao concurso de pessoas.

¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

9. SUJEITO PASSIVO

É o Estado e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela manobra que frustrou ou fraudou o caráter competitivo do processo licitatório.

10. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, acompanhado da finalidade específica (elemento subjetivo específico) de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente do objeto da adjudicação.

11. CONSUMAÇÃO

Trata-se de **crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado**: consuma-se com a manobra destinada a frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação. O tipo penal é claro e não deixa margem a dúvida: basta o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, ou seja, não se reclama a efetiva obtenção de tal vantagem.²

Destarte, não se exige tenha a Administração Pública suportado prejuízo patrimonial com a conduta ilícita, a exemplo do que se dá na compra de bens ou serviços por preço superior ao praticado no mercado. De fato, o dano ao erário não figura como elementar do tipo penal, e o bem jurídico tutelado é o caráter competitivo do processo licitatório.

Eventual lesão aos cofres públicos deve ser encarada como exaurimento do delito, a ser utilizada pelo magistrado na dosimetria da pena-base, como circunstância judicial desfavorável, nos moldes do art. 59, *caput*, do Código Penal.

² Na vigência do art. 90 da Lei 8.666/1993, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 645: "O crime de fraude à licitação é formal e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção da vantagem".

12. TENTATIVA

É possível, pois a natureza plurissubsistente do delito comporta o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: o agente público responsável pela licitação insere cláusulas restritivas e desnecessárias no edital, as quais inviabilizariam a competitividade da licitação. Essa manobra, contudo, é percebida pelo superior hierárquico, que vem a determinar a elaboração de novo (e correto) edital.

13. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

14. LEI 9.099/1995

A frustração do caráter competitivo da licitação é **crime de elevado potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 4 a 8 anos – impede a incidência dos benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.

15. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A frustração do caráter competitivo da licitação é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa); **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta descrita em lei, independentemente da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo; instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo, unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **plurissubsistente**.

1. The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the existence of a solution of the system of equations

$$\begin{cases} \Delta u = f(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta v = g(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta w = h(x, y, z, u, v, w) \end{cases} \quad (1)$$

in the domain D bounded by the surface S , where f, g, h are continuous functions of the variables x, y, z, u, v, w and satisfy the conditions

$$\begin{aligned} f(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ g(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ h(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \end{aligned} \quad (2)$$

as $|u|, |v|, |w| \rightarrow \infty$. The second part of the paper is devoted to a study of the problem of the existence of a solution of the system of equations

$$\begin{cases} \Delta u = f(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta v = g(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta w = h(x, y, z, u, v, w) \end{cases} \quad (3)$$

in the domain D bounded by the surface S , where f, g, h are continuous functions of the variables x, y, z, u, v, w and satisfy the conditions

$$\begin{aligned} f(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ g(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ h(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \end{aligned} \quad (4)$$

as $|u|, |v|, |w| \rightarrow \infty$. The third part of the paper is devoted to a study of the problem of the existence of a solution of the system of equations

$$\begin{cases} \Delta u = f(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta v = g(x, y, z, u, v, w) \\ \Delta w = h(x, y, z, u, v, w) \end{cases} \quad (5)$$

in the domain D bounded by the surface S , where f, g, h are continuous functions of the variables x, y, z, u, v, w and satisfy the conditions

$$\begin{aligned} f(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ g(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \\ h(x, y, z, u, v, w) &= O(|u| + |v| + |w|) \end{aligned} \quad (6)$$

ART. 337-G

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.”

Classificação:

Crime simples

Crime próprio

Crime material ou causal

Crime de dano

Crime de forma livre

Crime comissivo (regra)

Crime instantâneo

Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual

Crime subordinado a condição objetiva de punibilidade

Informações rápidas:

Objeto material: o interesse privado, compreendido como qualquer anseio ligado ao particular, pessoa física ou jurídica.

Elemento subjetivo: dolo, (finalidade específica – dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato administrativo). Não se admite a modalidade culposa.

Tentativa: não admite.

Ação penal: pública incondicionada.

Patrocínio de contratação indevida: forma especial de advocacia administrativa (art. 321 do CP) entre os crimes praticados por funcionário público contra a Administração **em geral**.

	<p>Art. 337-G do CP: agente patrocina interesse particular que vem a dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.</p> <p>Art. 3.º, III, da Lei 8.137/1990: modalidade específica de advocacia administrativa, restrita ao âmbito da administração fazendária.</p>
--	--

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A conduta atualmente definida no art. 337-G do Código Penal se assemelha ao crime outrora previsto no art. 91 da Lei 8.666/1993. Operou-se uma pequena modificação na redação típica, e merece destaque o aumento da pena privativa de liberdade em seu patamar máximo, agora de 3 anos, e de reclusão.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>	<p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>

3. INTRODUÇÃO

O patrocínio de contratação indevida constitui-se em **forma especial de advocacia administrativa**, catalogada no art. 321 do Código Penal entre os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral:

“Art. 321 – Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único – Se o interesse é ilegítimo:

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da multa.”

O conflito aparente de normas é solucionado pelo **princípio da especialidade**. O crime tipificado no art. 337-G do Código Penal apresenta elementos especializantes em relação à advocacia administrativa, a saber, o agente não patrocina qualquer interesse privado perante a Administração Pública, e sim interesse particular que vem a dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.

Na seara dos **crimes tributários**, o art. 3.º, III, da Lei 8.137/1990 contempla outra modalidade específica de advocacia administrativa, restrita ao âmbito da **administração fazendária**:

“Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

(...)

III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é a Administração Pública, no tocante à moralidade, à retidão, à probidade e à impessoalidade que devem revestir a atuação dos seus agentes, os quais não podem, sob nenhum pretexto, se aproveitar dos poderes inerentes à função pública para servir a interesses estranhos aos do Estado.

5. OBJETO MATERIAL

É o **interesse privado**, compreendido como qualquer anseio ligado ao particular, pessoa física ou jurídica. Em síntese, trata-se do interesse que não pertence ao Estado.¹

¹ “A locução ‘interesse privado’ pode compreender o ‘simples interesse’ que se esgota no plano administrativo ou, também a ‘um direito’, o qual, insatisfeito

Esse interesse pode inclusive ser do funcionário público, relativamente à sua vida privada, ou seja, fora da sua atuação funcional.

Mas não basta ser interesse privado. Deve ser patrocinado perante a Administração Pública, de modo a ensejar a instauração de licitação ou a celebração de contrato posteriormente invalidado pelo Poder Judiciário, em face da sua ilegalidade.

6. NÚCLEO DO TIPO

É **patrocinar**, ou seja, defender ou advogar **interesse privado** perante a Administração Pública. Admite-se qualquer meio de execução (crime de forma livre), é dizer, o patrocínio pode ser realizado verbalmente, por escrito, por gestos, símbolos etc.

A conduta pode ser praticada **direta** – pelo próprio funcionário público – ou **indiretamente**, é dizer, valendo-se de interposta pessoa, como na situação em que o funcionário público utiliza um amigo em comum para representar interesse privado frente a outro funcionário público.

Essa conduta normalmente é veiculada por ação (crime comissivo), mas também pode ser consubstanciada pela omissão, quando o funcionário público tinha o dever de agir e podia agir para evitar o resultado, mas dolosamente preferiu permanecer inerte, nos moldes do art. 13, § 2.º, do Código Penal (crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão). Exemplificativamente, responde pelo delito o chefe da repartição pública que nada faz quando toma ciência que um dos seus subordinados está postulando interesse privado frente a um colega de serviço, objetivando a instauração de processo licitatório.

Exige-se que tal patrocínio conduza à **instauração de licitação**, em qualquer das modalidades arroladas no art. 28 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (pregão, con-

na esfera administrativa, pode ser postulado no plano judicial.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 216.)

corrência, concurso, leilão ou diálogo competitivo), ou à **celebração de contrato administrativo**.

No último caso, o contrato pode ter sido celebrado diretamente, com base na dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou ser antecedido de regular processo licitatório. Em outras palavras, o patrocínio do interesse privado pode ocorrer tanto na fase da licitação, mas também pode se verificar na etapa da celebração do contrato, sem que tenha se verificado a intervenção ilícita do funcionário público antes da instauração do processo licitatório.

É indispensável que a instauração da licitação ou a celebração do contrato tenha sua **invalidação decretada pelo Poder Judiciário**.

Em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, o delito somente poderá ser reconhecido quando a invalidação pelo Poder Judiciário for **definitiva**, isto é, encontrar-se acobertada pela coisa julgada. Em síntese, não há falar no crime definido no art. 337-G do Código Penal quando a decisão judicial ainda comportar algum recurso, ou estiver pendente de julgamento do recurso interposto.

Finalmente, e por expressa previsão legal, **não se caracteriza o crime de patrocínio de contratação indevida** quando a instauração da licitação ou a celebração do contrato, mesmo com a defesa do interesse privado perante determinado órgão público, vem a ser **anulada ou revogada pela própria Administração Pública**. O tipo penal não deixa margem a dúvida, e exige a **invalidação pelo Poder Judiciário**.

7. SUJEITO ATIVO

Cuida-se de **crime próprio** ou **especial**: somente pode ser praticado por funcionário público, que se aproveita das facilidades proporcionadas pela sua posição para, desvirtuando seu mister e com manifesto desvio de finalidade, defender interesse particular perante a Administração Pública.

Além disso, o patrocínio de contratação indevida constitui-se em **crime funcional próprio**, pois é cometido pelo funcionário público e prevalecendo-se da função pública, e a ausência da condição

funcional conduz à atipicidade do fato. De fato, não há crime algum quando um particular, sem a colaboração do funcionário público, patrocina interesse privado, próprio ou alheio, no âmbito da Administração Pública.

Admite-se o concurso de pessoas, tanto na coautoria como na participação. Consequentemente, um particular (*extraneus*) pode ser responsabilizado pelo delito previsto no art. 337-G do Código Penal – nunca atuando sozinho – quando concorre para a conduta ilícita do funcionário público. Exemplo: um vereador e um advogado particular defendem o interesse de um empresário junto ao chefe do Poder Executivo municipal, daí acarretando a celebração de contrato administrativo em favor da empresa por ele comandada.

8. SUJEITO PASSIVO

É o Estado e, no plano mediato, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa, a exemplo do particular lesado pela celebração de contrato administrativo com terceiro, que teve seu interesse indevidamente representado pelo funcionário público.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo de defender interesse privado perante a Administração Pública, acompanhado de uma finalidade específica, consistente em dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato administrativo.

Não se admite a modalidade culposa.

10. CONSUMAÇÃO

O patrocínio de contratação indevida é **crime material** ou **causal**: consuma-se quando, em razão da intervenção do funcionário público representando interesse privado perante a Administração Pública, vem a ser instaurada licitação ou celebrado contrato.

O delito estará completo, portanto, com a instauração do processo licitatório ou com a celebração do contrato administrativo em consequência do patrocínio do interesse privado pelo agente público.

De modo pouco usual, contudo, o tipo penal contempla uma **condição objetiva de punibilidade**. Com efeito, embora a consumação já tenha se verificado, a punição dependerá da decretação da invalidação (definitiva) da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário.

11. TENTATIVA

Não se admite o *conatus*, uma vez que a punição do delito depende da invalidação da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário. Existem, portanto, duas alternativas:

- (a) houve o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública, daí resultando a instauração de licitação ou a celebração de contrato com posterior decretação de invalidade pelo Poder Judiciário, e será possível a punição do agente responsável pelo delito; ou
- (b) nada obstante o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública, com instauração de licitação ou celebração de contrato, não se operou a decretação de invalidade pelo Poder Judiciário, não se podendo falar em punição do responsável pelo fato.

Crimes subordinados a condição objetiva de punibilidade são incompatíveis com a tentativa. Se o próprio delito completo não é punível sem esta condição, muito menos o será a sua tentativa.²

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

² NORONHA, E. Magalhães. Questões acerca da tentativa. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 247.

13. LEI 9.099/1995

A pena privativa de liberdade cominada ao patrocínio de contratação indevida é de reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos. Trata-se de **crime de médio potencial ofensivo**, compatível com a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos elencados pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O patrocínio de contratação indevida é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** (somente pode ser cometido pelo funcionário público); **material** ou **causal** (a consumação depende da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo, unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **subordinado a condição objetiva de punibilidade**.



ART. 337-H

MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.”

<p>Classificação:</p> <p>Crime simples</p> <p>Crime próprio</p> <p>Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado</p> <p>Crime de dano</p> <p>Crime de forma livre</p> <p>Crime comissivo (regra)</p> <p>Crime instantâneo</p> <p>Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual</p> <p>Crime plurissubsistente</p>	<p>Informações rápidas:</p> <p>Objeto material: a modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, bem como a fatura paga com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade.</p> <p>Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa.</p> <p>Tentativa: admite (crime plurissubsistente).</p> <p>Ação penal: pública incondicionada.</p> <p>Lei Anticorrupção: as sanções nela contida não afastam a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incidido no art. 337-H do Código Penal.</p> <p>Crime de Prefeito: art. 1.º, XII, do Decreto-lei 201/1967.</p>
---	---

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 92 da Lei 8.666/1993 previa um crime semelhante ao atual delito de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo. Além das alterações na redação típica, o art. 337-H do Código Penal comina pena privativa de liberdade sensivelmente mais severa, a saber, reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da multa.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-H Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p>	<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:</p>

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.	Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.
---	---

3. LEI ANTICORRUPÇÃO

O art. 5.º, IV, “f”, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção arrola, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, o comportamento de “obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.”

Na alínea “g”, a seu tempo, é prevista, como de igual natureza, a conduta de “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública”.

Embora tal instrumento normativo discipline a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas**, as sanções nela contidas não afastam a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incidido no art. 337-H do Código Penal.

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, especificamente no tocante à moralidade e à impessoalidade na correta execução dos contratos celebrados entre os particulares e a Administração Pública, de modo a evitar o privilégio, o protecionismo e o favoritismo de alguns contratados. Também se protege a igualdade entre os credores da Administração Pública, que não podem ser beneficiados ou prejudicados nos pagamentos a que têm direito.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal determina a vinculação da proposta oferecida na licitação durante a execução do contrato

administrativo, visando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

5. OBJETO MATERIAL

É a modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, bem como a fatura paga com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade.

6. NÚCLEOS DO TIPO

O art. 337-H do Código Penal contém duas condutas típicas. Vejamos cada uma delas.

1.^a conduta típica: “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.”

A 1.^a parte do art. 337-H do Código Penal contempla o crime de **modificação irregular em contrato administrativo**.

Admitir é autorizar, aceitar, reconhecer. **Possibilitar** equivale a proporcionar, viabilizar. **Dar causa** equivale a provocar, ocasionar. Todos os verbos dizem respeito a qualquer modificação (alteração) ou vantagem (benefício), inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, e não do interesse público, durante a execução do contrato

administrativo, sem autorização em lei, no edital da licitação ou no instrumento contratual.

Trata-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**: se o agente realizar mais de um núcleo, em relação ao mesmo objeto material, estará caracterizado um único delito.

Há nítido **desvio de finalidade**, tornando o contrato mais oneroso à Administração Pública, mediante algum benefício à empresa ou ao profissional contratado. A expressão “**em favor do contratado**” deve ser interpretada como a simples alteração ou prorrogação contratual, prescindindo-se de superfaturamento ou recebimento de pagamento sem a correspondente contraprestação em mercadorias ou serviços. O contratado, em poucas palavras, não tinha direito à mudança da avença em seu favor.

Esse delito pressupõe um **contrato regularmente celebrado com a Administração Pública**, em regra antecedido por processo licitatório, e excepcionalmente fruto de contratação direta, em face da caracterização de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Durante sua execução, isto é, no prazo de vigência do contrato administrativo, o funcionário público nele insere algum aditamento (modificação ou vantagem) ou vem a prorrogá-lo (ampliação do prazo original), em benefício do contratado e de forma ilegal, uma vez que não existia autorização legal, regulamentar ou contratual nesse sentido.

Se o contrato já havia se encerrado, e o funcionário público procede à sua “prorrogação” indevida, estará caracterizado o crime de contratação direta ilegal (CP, art. 337-E), pois tal conduta destinou-se a burlar a obrigatoriedade do processo licitatório. Também estará caracterizado tal delito quando o contrato administrativo em curso é aditado para inclusão de novo objeto, não previsto na licitação nem no instrumento original do contrato.

Nos termos do art. 105 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a duração dos contratos por ela regidos será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade

de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.¹

Independentemente do seu prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos (art. 92, § 3.º, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A eficácia do contrato e de seus eventuais aditamentos é condicionada à divulgação no PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 94, *caput*, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Uma das prerrogativas da Administração Pública, como corolário do regime jurídico diferenciado do contrato administrativo, é modificá-lo **unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público (art. 104, I, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). No crime em análise, pune-se a modificação **em favor do contratado**, desprezando-se o interesse da coletividade.

O art. 124 da Nova Lei admite a alteração dos contratos por ela regidos, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I – unilateralmente pela Administração: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II – por acordo entre as partes: (a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; (b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; (c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e

¹ O art. 106 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite contratos com prazo de até 5 (cinco) anos, nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos.

vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Na hipótese de alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (art. 130 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Em síntese, a celebração do contrato administrativo torna obrigatória sua execução nos moldes em que foi ajustado. A alteração contratual é medida excepcional, somente podendo ser efetuada pela autoridade pública nas hipóteses expressamente previstas em lei, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, e sempre com respeito ao interesse público.

O tipo penal destina-se a combater as frequentes (e infelizes) situações em que o administrador público e a empresa ou profissional celebram contrato que sabem ser inviável em sua execução, mas o fazem contando com posteriores modificações e prorrogações. Violam a isonomia e o caráter competitivo do processo licitatório, pois outros licitantes podem ter desistido do certame, ou podem ter sido derrotados em face do maior preço que de boa-fé apresentaram, e as alterações futuras favorecem ilegalmente o contratado.

2.ª conduta típica: “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade.”

Tem-se aqui o crime de **pagamento irregular em contrato administrativo**, também chamado de **pagamento antecipado de fatura**.

Pagar é quitar, liquidar, solver uma obrigação. O pagamento é devido, mas o funcionário público inverte sua ordem cronológica, ou seja, o contratado recebe sua contraprestação antes do prazo, quando esta ainda não era juridicamente exigível. Em suma, ele é beneficiado

pela quitação antes dos outros credores da Administração Pública, os quais estavam à sua frente na “fila do pagamento”.

O pagamento da fatura consiste na entrega de determinada quantia em dinheiro em favor do contratado, correspondente ao valor da fatura emitida, e cobrada em decorrência da realização de obra, da prestação de serviços ou da entrega de bens contratados com a Administração Pública. Em conformidade com o art. 64, *caput*, da Lei 4.320/1964, pressupõe uma ordem de pagamento, consistente no “despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.”

A Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe a observância da **ordem cronológica** no dever de pagamento pela Administração (art. 141, *caput*), a qual somente pode ser alterada mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações, elencadas no § 1.º do art. 141:

I – grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II – pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III – pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV – pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; e

V – pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de um serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.”

A inobservância imotivada da ordem cronológica de que trata o *caput* do art. 141 ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização (art. 141, § 2.º). A responsabilidade civil e administrativa logicamente não

exclui a responsabilização penal pela prática do crime definido no art. 337-H, *in fine*, do Código Penal.

Finalmente, não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços (art. 145, *caput*). Somente será permitida a antecipação de pagamento se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta (art. 145, § 1.º).

7. SUJEITO ATIVO

A modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo é **crime próprio** ou **especial**: somente pode ser cometido pelo funcionário público dotado do poder de admitir, possibilitar ou dar causar a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou então de pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade.

Admite-se o concurso de pessoas, mediante a colaboração de outro funcionário público ou do particular, inclusive do contratado, notadamente quando obtém vantagem indevida decorrente da modificação contratual ou do pagamento antecipado da fatura.

7.1. Pagamento irregular em contrato administrativo e crime de Prefeito

O art. 1.º, XII, do Decreto-lei 201/1967 define como crime a conduta do Prefeito consistente em “antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário”.

O conflito aparente de normas é solucionado pelo **princípio da especialidade**, pois nesse caso o sujeito ativo há de ser unicamente

o Prefeito, e o pagamento antecipado diz respeito a qualquer ordem de credores do Município (precatórios judiciais, por exemplo), e não à ordem cronológica dos contratos administrativos.

8. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública, ofendida pela modificação ou vantagem em favor do contratado, durante a execução contratual, ou então pelo pagamento da fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, bem como a pessoa física ou jurídica (outro credor da Administração Pública, por exemplo) prejudicada pela conduta criminosa.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Pouco importa o motivo que levou o agente a ensejar a modificação ou vantagem em favor do contratado, durante a execução da avença, ou então a pagar fatura sem observância da ordem cronológica da sua exigibilidade. É irrelevante indagar se o fez em conluio com o contratado, para prejudicar outro credor da Administração Pública ou por motivo de outra natureza.

Também não se exige a intenção de lesar os cofres públicos. De fato, a Administração Pública, notadamente no que diz respeito à moralidade, à isonomia e à impessoalidade, é ofendida com a conduta descrita no art. 337-H do Código Penal. Além disso, o propósito de apropriar-se de verbas públicas ou desviá-las para fins particulares deve acarretar na responsabilização conjunta do agente pelos crimes de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e peculato (CP, art. 312), em concurso material.

Não se admite a modalidade culposa.

9.1. A problemática relacionada ao parecer jurídico

Pensemos na hipótese em que, antes da prorrogação do contrato administrativo em favor do contratado, durante sua execução e sem prévia autorização, é lançado parecer jurídico elaborado pela

Procuradoria-Geral do ente federativo. Surge aqui uma questão. O parecer jurídico favorável à prorrogação exclui o crime definido no art. 337-H do Código Penal?

A resposta é negativa. O parecer jurídico evidentemente não vincula a decisão do gestor público, que pode acolher ou rejeitar a sua conclusão.

Se o parecerista agir com dolo, no sentido de concorrer para a prorrogação ilegal do contrato administrativo, e o gestor aproveitar-se desta colaboração, ambos deverão responder pelo delito, este como autor e aquele na condição de partícipe.

Mas não há falar na responsabilidade penal do Procurador-Geral do ente federativo na hipótese de parecer jurídico favorável à prorrogação, fundamentado em razões técnicas, com interpretação jurídica razoável, ainda que o gestor se aproveite de tal embasamento para, dolosamente e com motivação desconhecida pelo jurista, prorrogar ilegalmente o contrato administrativo em favor do contratado, ou seja, sem interesse público.

O dolo se torna ainda mais evidente quando o parecer jurídico é enfaticamente contrário à prorrogação contratual, mas o gestor da coisa pública ainda assim decide agir em sentido diverso.

10. CONSUMAÇÃO

A modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo é **crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado**.

Consuma-se, na primeira conduta típica, com a assinatura do aditamento ou da prorrogação contratual. Na segunda conduta típica, por sua vez, o delito se aperfeiçoa com o pagamento antecipado da fatura, isto é, com preterição da ordem cronológica da sua exigibilidade.

Em ambos os casos, não se reclama a causação de efetivo prejuízo econômico à Administração Pública.

Eventual devolução de recursos aos cofres públicos não exclui o delito. Tal circunstância pode, contudo, ensejar o reconhecimento

do instituto do arrependimento posterior, com diminuição da pena de 1/3 a 2/3, se presentes os demais requisitos previstos no art. 16 do Código Penal.

De igual modo, a aprovação posterior das contas do ente público pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo não conduz à descaracterização do crime definido no art. 337-H do Código Penal.

11. TENTATIVA

Admite-se a tentativa, em face do caráter plurissubsistente do delito, permitindo o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: a autoridade administrativa encaminha ao representante de determinada empresa a minuta da prorrogação indevida do contrato com ela firmado, mas tal pessoa se recusa a anuir ao plano ilícito, e denuncia a prática criminosa ao Ministério Público.

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

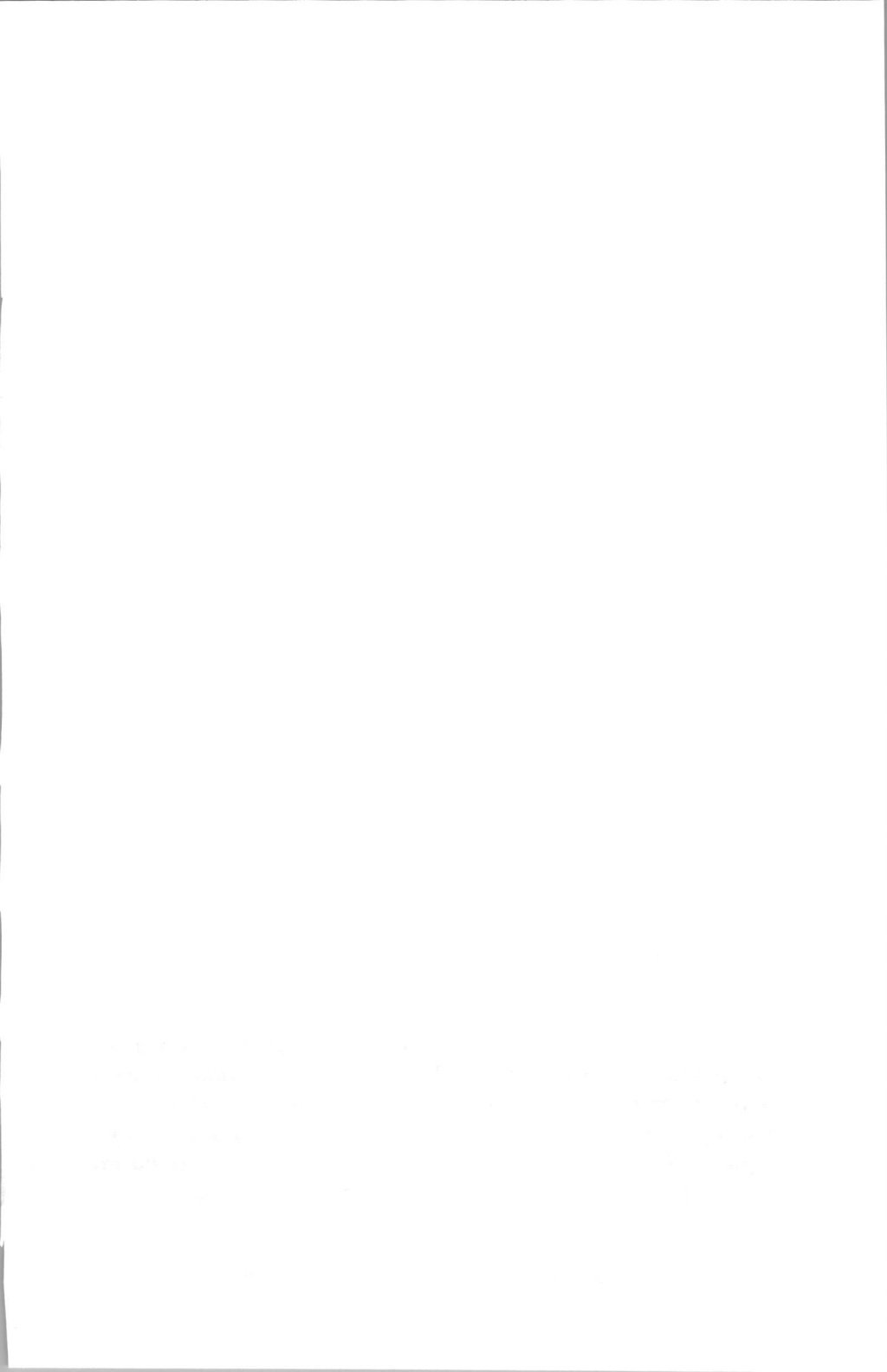
13. LEI 9.099/1995

Em face da pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos –, a modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo constitui-se em **crime de elevado potencial ofensivo**, incompatível com os benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** (somente pode ser cometido pelo funcionário público); **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta descrita em lei, prescindindo da produção do

resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo, unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **plurissubsistente**.



ART. 337-I

PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.”

Classificação: Crime simples Crime comum Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado Crime de dano Crime de forma livre Crime comissivo (regra) Crime instantâneo Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual Crime plurissubstante	Informações rápidas: Objeto material: qualquer ato do processo licitatório. Elemento subjetivo: dolo (vontade de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do processo licitatório). Não se admite a modalidade culposa. Tentativa: admite (crime plurissubstante). Ação penal: pública incondicionada. Lei Anticorrupção: as sanções nela contida não impedem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-I do Código Penal.
--	---

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A perturbação de processo licitatório encontrava correspondência no revogado art. 93 da Lei 8.666/1993. Houve somente duas alterações: (a) a substituição da palavra “procedimento” por “processo” licitatório, terminologia empregada pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; e (b) a pena privativa de liberdade, em seu limite máximo, foi elevada de 2 (dois) para 3 (três) anos, com o indisfarçável propósito de vedar a incidência da transação penal, regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/1995.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.	Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O art. 93 da Lei 8.666/1993 já havia revogado tacitamente o art. 335, 1.^a parte, do Código Penal, que punia com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência, a conduta de “impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal.” Esse dispositivo, é claro, continua revogado após a entrada em vigor do art. 337-I do Código Penal.

3. INTRODUÇÃO

O processo licitatório é a sucessão ordenada de atos, previstos em lei, destinados a proporcionar a escolha, dentro do universo dos licitantes, daquele que ofereceu a proposta mais vantajosa à Administração Pública, com base em critérios objetivos de julgamento previamente definidos.

Aquele que, de qualquer modo, tumultua a realização de tais atos acaba por comprometer a higidez do certame, causando transtornos à Administração Pública e, por corolário, à sociedade.

Evidentemente, em determinadas situações a perturbação do processo licitatório será legítima, e até mesmo necessária, como na

situação em que o funcionário público claramente direciona seu trâmite em favor de um dos licitantes. Nesse caso, a pessoa prejudicada, ou mesmo qualquer do povo, poderá provocar a Administração Pública ou o Poder Judiciário para o restabelecimento da ordem e da legalidade.

O tipo penal, portanto, não incrimina a conduta daquele que, de modo legítimo, busca assegurar, pela via administrativa ou jurisdicional, o regular cumprimento da lei. O crime definido no art. 337-I do Código Penal reclama a **perturbação inútil** do processo licitatório, ou seja, destituída de qualquer amparo legal e nitidamente direcionada a lesar os interesses de um ou mais licitantes, ou então da Administração Pública.

4. LEI ANTICORRUPÇÃO

O art. 5.º, IV, “b”, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção elenca, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, a conduta de “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”.

Nada obstante tal instrumento normativo discipline a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas**, as sanções nela contidas não impedem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-I do Código Penal.

5. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é a lisura, a integridade do processo licitatório, de modo a preservar a igualdade entre os concorrentes e a proteção do erário, pois a conduta descrita no art. 337-I do Código Penal é apta a retirar da Administração a capacidade de escolher a proposta mais vantajosa ao interesse público. De forma ampla, tutela-se a “regularidade do funcionamento da Administração” quanto aos processos licitatórios.¹

¹ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitação*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

6. OBJETO MATERIAL

É qualquer ato do processo licitatório.

7. NÚCLEOS DO TIPO

São três: “impedir”, “perturbar” e “fraudar”.

Impedir é obstar, obstruir; **perturbar** equivale a tumultuar, desordenar, atrapalhar; e **fraudar**, por sua vez, significa iludir, enganar, mediante o emprego de artifício (fraude material), ardil (fraude moral) ou outro meio fraudulento.

Os verbos dirigem-se a qualquer ato do processo licitatório, pouco importando a fase em que se encontre, a saber, (I) preparação, (II) de divulgação do edital de licitação, (III) de apresentação de propostas e lances, quando for o caso, (IV) de julgamento, (V) de habilitação, (VI) recursal ou (VII) de homologação.²

A conduta normalmente é praticada por ação (crime omissivo), mas nada impede a omissão penalmente relevante (crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão), na hipótese de inércia dolosa daquele que devia e podia agir para evitar o resultado, nos moldes do art. 13, § 2.º, do Código Penal. Exemplo: o superior hierárquico percebe que determinado funcionário público tumultua arbitrariamente um processo licitatório, mas nada faz para cessar tal comportamento.

Cuida-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Se o agente praticar mais de um verbo, tais como impedir e fraudar, no tocante ao mesmo ato do processo licitatório, está caracterizado um único delito.

De igual modo, será imputado ao agente um só crime tipificado no art. 337-I do Código Penal quando o agente impedir, perturbar ou fraudar atos em etapas diversas do mesmo processo licitatório. Nesse contexto, responde por um único delito aquele que frauda a publicação do edital e, posteriormente, tumultua o julgamento de igual certame.

² As fases do processo de licitação estão descritas no art. 17 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

8. SUJEITO ATIVO

O crime é **comum** ou **geral**. Pode ser praticado por qualquer pessoa, particular ou funcionário público, independentemente de possuir ou não interesse pessoal no processo licitatório. Exemplificativamente, o delito tanto pode ser praticado pelo licitante que, de forma reiterada e despropositada, aciona o Poder Judiciário com a finalidade de tumultuar o processo licitatório e, conseqüentemente, afastar outros participantes do certame, como também pelo indivíduo que ingressa com ação popular, em face do processo licitatório, exclusivamente para chamar atenção e ter seu nome divulgado pelos meios de comunicação.

Admite-se o concurso de pessoas, em ambas as suas modalidades (coautoria e participação).

9. SUJEITO PASSIVO

É o Estado, consistente na entidade que realizou o processo licitatório que teve qualquer ato impedido, perturbado ou fraudado e, mediamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa.

10. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do processo licitatório.

Não se exige qualquer finalidade específica, e não se admite a modalidade culposa.

11. CONSUMAÇÃO

A perturbação de processo licitatório é **crime formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**: consuma-se com a prática da conduta prevista em lei, prescindindo da superveniência do resultado naturalístico. Em outras palavras, o delito se aperfeiçoa com a conduta de impedir, perturbar ou fraudar o ato do processo licitatório, não se exigindo sua suspensão ou encerramento.

12. TENTATIVA

A tentativa é cabível, em face do caráter plurissubsistente do delito, permitindo o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: “A”, dotado de profundo conhecimento informático, invade o sistema computacional do Município, com o propósito de impedir o processo licitatório na modalidade pregão. O serviço técnico do ente público é acionado e, com êxito, consegue vetar o ataque *hacker*.

13. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

14. LEI 9.099/1995

Em face da pena privativa de liberdade cominada – detenção, de 6 meses a 3 anos, a perturbação de processo licitatório constitui-se em **crime de médio potencial ofensivo**, compatível com a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos exigidos pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.

15. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A perturbação de processo licitatório é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa); **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consoma-se com a prática da conduta prevista em lei, independentemente da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consoma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **plurissubsistente**.

ART. 337-J

VIOLAÇÃO DE SIGILO EM LICITAÇÃO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.”

Classificação:

Crime simples

Crime comum, na primeira conduta ou próprio, na segunda conduta

Crime material ou causal

Crime de dano

Crime de forma livre

Crime comissivo (em regra)

Crime instantâneo

Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual, na conduta “devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório” ou plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso eventual, na conduta “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”

Crime plurissubsistente

Informações rápidas:

Objeto material: a proposta sigilosa apresentada por qualquer dos licitantes.

Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa.

Tentativa: admite (crime plurissubsistente).

Ação penal: pública incondicionada.

Código Penal Militar: a conduta de devassar o sigilo da proposta ou de proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo configura o crime definido no art. 327 do Decreto-lei 1.001/1969.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 94 da Lei 8.666/1993 continha crime quase idêntico ao ora tratado pelo art. 337-J do Código Penal, inclusive no tocante às penas cominadas. A única alteração promovida pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi a substituição da palavra “procedimento” licitatório por “processo” licitatório, terminologia adotada pelo novo diploma legal.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-J Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.	Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

A propósito, o art. 94 da Lei 8.666/1993 já havia revogado o art. 326 do Código Penal, que disciplinava o crime de violação do sigilo de proposta de concorrência: “Art. 326 – Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – Detenção, de três meses a um ano, e multa.”

O art. 326 do Código Penal, evidentemente, continua revogado. Com efeito, o delito de violação de sigilo em licitação (CP, art. 337-J), criado pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, além de ser veiculado por norma posterior, é mais abrangente do que aquele dispositivo, pois engloba todas as modalidades de licitação contidas no art. 28 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo –, e não apenas a concorrência, como fazia o superado art. 326.

3. INTRODUÇÃO

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal consagra a publicidade como um dos princípios vetores da Administração Pública.

Nessa linha de raciocínio, o art. 13, *caput*, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estatui: “Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.” Contudo, seu parágrafo único, inc. I, expressamente admite a **publicidade diferida quanto ao conteúdo das propostas**, até a respectiva abertura.

Essa sistemática, de lógica inquestionável, destina-se a preservar a impessoalidade e a competitividade do processo licitatório. Em verdade, se um dos licitantes tem o privilégio de conhecer previamente as propostas dos seus rivais, poderia alterar a sua, quebrando a isonomia do certame e causando prejuízo aos demais licitantes e à própria Administração Pública.

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é a higidez da Administração Pública e do processo licitatório, especialmente no que diz respeito ao sigilo das propostas, à igualdade dos licitantes e à competitividade do certame.

5. OBJETO MATERIAL

É a **proposta sigilosa** apresentada por qualquer dos licitantes. Logo, esse crime somente pode incidir nos processos licitatórios em que as propostas sejam revestidas de sigilo até o julgamento. O art. 56, I, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite o **modo de disputa “aberto”**, em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes.

No universo das licitações, proposta é a declaração unilateral emitida pelo licitante acerca do critério de julgamento escolhido pela Administração Pública para escolha do licitante com quem pretende contratar. Exemplificativamente, se o parâmetro escolhido for o menor preço, a proposta conterá o preço oferecido pelo licitante em troca do bem, obra ou serviço prestado.

6. NÚCLEOS DO TIPO

O tipo penal contempla duas condutas, cada qual com seu respectivo núcleo.

1.^a conduita: “Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório.”

Devassar é violar, transgredir ou invadir. O agente descobre ilicitamente o conteúdo de proposta apresentada no processo licitatório, o qual deveria permanecer em sigilo. O exemplo clássico é a abertura do envelope que contém a proposta do licitante.

2.^a conduita: “Proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.”

Proporcionar equivale a propiciar, ensejar, dar a oportunidade a que outra pessoa devasse o conteúdo da proposta sigilosa. Cuida-se, nessa hipótese, **de crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário**, pois a redação típica reclama a atuação conjunta do funcionário público, que não devassa diretamente o sigilo da proposta apresentada em processo licitatório, mas abre caminho para que tal sigilo seja descoberto por outra pessoa (particular ou funcionário público que não tinha acesso à informação acobertada pelo sigilo).

Em qualquer das condutas, a violação de sigilo em licitação é **crime de forma livre**. Admite qualquer meio de execução, a exemplo da abertura do envelope contendo a proposta, do acesso indevido ao sistema informático, da obtenção de informações com o funcionário público responsável pela preservação do sigilo, da utilização de *scanner* etc.

O delito é normalmente praticado por ação (crime comissivo), mas nada impede a omissão penalmente relevante (crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão), quando quem se omitiu devia e podia agir para evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, do Código Penal, tal como quando o superior hierárquico presencia seu funcionário público subalterno permitindo o acesso de terceiro a proposta sigilosa do processo licitatório, e nada faz para impedir o resultado.

7. SUJEITO ATIVO

Na primeira conduta típica – “devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório” –, o crime é **comum** ou **geral**. Pode ser praticado por qualquer pessoa, funcionário público ou não. Exemplo: um licitante ingressa de forma clandestina na repartição pública e acessa indevidamente o conteúdo de proposta sigilosa de outro licitante, que com ele disputava o objeto do certame.

De seu turno, na segunda conduta – “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”, o crime é **próprio** ou **especial**, pois somente pode ser cometido pelo funcionário público encarregado de assegurar o sigilo das propostas apresentadas no processo licitatório, e ele, de modo ilícito, permite a outra pessoa (funcionário público ou particular) o conhecimento da proposta que era e devia permanecer sigilosa.

8. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública e, mediatemente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa, tal como a empresa licitante que teve o sigilo da proposta ilicitamente violado.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Não se admite a modalidade culposa.

A caracterização do delito não pressupõe nenhuma vantagem a ser obtida por quem devassa o sigilo. Entretanto, se o agente for funcionário público, e praticar a conduta visando o recebimento de vantagem indevida, a ele deverão ser imputados os crimes de violação de sigilo em licitação e de corrupção passiva (CP, art. 317), em concurso material.

10. CONSUMAÇÃO

Na conduta “devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório”, o delito se consuma com o acesso do agente ao

conteúdo reservado da proposta do licitante, que estava e devia ser mantida em sigilo.

Por sua vez, no comportamento “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo” a consumação se dá quando o terceiro descobre o conteúdo da proposta sigilosa, após a facilitação proporcionada pelo funcionário público que deveria assegurar seu caráter sigiloso.

Em qualquer das situações, o crime é **material** ou **causal**: consuma-se com a produção do resultado naturalístico, consistente na violação do sigilo da proposta com a obtenção das informações reservadas nela contidas. Não se exige, entretanto, a divulgação da proposta a outras pessoas, nem a conquista de alguma vantagem em decorrência do acesso indevido à proposta sigilosa.

11. TENTATIVA

É possível, em face do caráter plurissubsistente do delito, comportando o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: o indivíduo é preso em flagrante no momento em que começava a abrir o invólucro contendo a proposta sigilosa apresentada no processo licitatório.

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

13. LEI 9.099/1995

Diante da pena privativa de liberdade cominada – 2 (dois) anos a 3 (três) anos – a violação de sigilo em licitação, nada obstante punida com detenção, constitui-se em **crime de elevado potencial ofensivo**, incompatível com os benefícios previstos na Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A violação de sigilo em licitação é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum**, na primeira conduta típica (pode ser

cometido por qualquer pessoa) ou **próprio**, na segunda conduta descrita em lei (somente pode ser praticado pelo funcionário público responsável pela preservação do sigilo); **material** ou **causal** (a consumação depende da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **unilateral** ou **de concurso eventual**, na conduta “devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório” ou **plurissubjetivo**, **plurilateral** ou **de concurso eventual**, na conduta “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”; e **plurissubsistente**.

15. CÓDIGO PENAL MILITAR

No caso de licitação na modalidade concorrência, de interesse da administração militar, a conduta de devassar o sigilo da proposta ou de proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo configura o crime definido no art. 327 do Decreto-lei 1.001/1969 – Código Penal Militar:

“**Art. 327.** Devassar o sigilo de proposta de concorrência de interesse da administração militar ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
Pena – detenção, de três meses a um ano.”

ART. 337-K

AFASTAMENTO DE LICITANTE

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.”

Classificação:	Informações rápidas:
Crime simples	Objeto material: o licitante – pessoa física ou jurídica – que se busca afastar com o emprego de violência, grave ameaça, fraude ou vantagem de qualquer tipo.
Crime comum	Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa.
Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado (no <i>caput</i>) ou material ou causal (no parágrafo único)	Tentativa: não admite.
Crime de dano	Ação penal: pública incondicionada.
Crime de forma livre	Figura equiparada: art. 337-K, parágrafo único.
Crime comissivo (em regra), mas omissivo próprio ou puro na conduta de se “abster”, prevista no parágrafo único	Emprego de violência: aplica-se a pena prevista no art. 337-K do CP, multa e a pena do crime resultante da violência.
Crime instantâneo	

Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual	
Crime de atentado ou de mero empreendimento (no <i>caput</i>) ou unissubsistente (no parágrafo único)	

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 95 da Lei 8.666/1993 continha crime semelhante ao atualmente definido pelo art. 337-K do Código Penal. O novo tipo penal apresenta algumas mudanças em sua redação e, sobretudo, pena privativa de liberdade qualitativa (reclusão) e quantitativamente (3 a 5 anos) mais severa.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-K Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.	Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

A propósito, o art. 95 da Lei 8.666/1993 já havia revogado, tacitamente, a parte final do art. 335 do Código Penal, bem como seu parágrafo único, rotulados como “impedimento, perturbação ou fraude de concorrência”:

“Art. 335 – Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.”

Esse dispositivo legal evidentemente continua revogado depois da criação do art. 337-K do Código Penal pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3. INTRODUÇÃO

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Nesse contexto, é fundamental que dela participe o maior número possível de interessados, com lisura, transparência e liberdade para oferecimento das suas propostas, proporcionando eficiência e economia aos cofres públicos.

Esta é a razão para a criminalização da conduta rotulada como “afastamento de licitante”.

4. LEI ANTICORRUPÇÃO

O art. 5.º, IV, “c”, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção arrola, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, a atividade de “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.”

Embora tal diploma legislativo disponha sobre a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas**, as sanções nela contidas não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-K do Código Penal.

5. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, relativamente à regularidade do processo licitatório e ao respeito à integridade física e moral dos licitantes.

6. OBJETO MATERIAL

É o licitante – pessoa física ou jurídica – que se busca afastar com o emprego de violência, grave ameaça, fraude ou vantagem de qualquer tipo.

Se o licitante é uma pessoa jurídica, o meio de execução deve ser direcionado contra seu representante legal dotado do poder de decidir pela continuidade ou pelo abandono do processo licitatório.

7. NÚCLEO DO TIPO

É **afastar**, no sentido de fazer o licitante abandonar ou retirar-se do processo licitatório. Como destaca Renee do Ó Souza: “O ato de afastar o interessado em participar do certame poderá ocorrer em qualquer fase do processo licitatório.”¹

Cuida-se de **crime de atentado** ou **de mero empreendimento**, no qual o legislador equiparou as condutas de “afastar” e “tentar afastar”. O tratamento jurídico-penal é idêntico quando o agente consegue efetivamente repelir o licitante do processo licitatório, bem como na hipótese em que se propõe a fazê-lo, mas não consegue alcançar seu propósito por circunstâncias alheias à sua vontade.

O tipo penal contempla 4 (quatro) meios de execução: violência, grave ameaça, fraude ou vantagem de qualquer tipo.

a) **Violência**, também conhecida como **violência própria, violência física, vis corporalis** ou **vis absoluta**, é o emprego de força física contra alguém, mediante lesão corporal ou vias de fato. Exemplo: dar um soco em um dos licitantes, para que ele não compareça ao leilão. Nada obstante a lei fale somente em violência, há de se entendê-la como “**violência à pessoa**”, pois a violência contra a coisa (exemplo: destruição do carro do licitante para intimidá-lo) pode funcionar, no caso concreto, como grave ameaça.

O preceito secundário do art. 337-K do Código Penal impõe o somatório da pena do afastamento de licitante com a pena do crime resultante da violência, seja ele qual for (lesão leve, grave, gravíssima, tentativa de homicídio etc.).

¹ SOUZA, Renee do Ó. *Leis penais especiais comentadas*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1010.

Se a violência consistir em **vias de fato**, compreendida como a agressão física sem a intenção de lesionar (exemplo: empurrar a vítima), a contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais restará absorvida pelo crime de afastamento de licitante, em face da sua subsidiariedade expressa. Com efeito, somente se caracteriza tal contravenção penal quando o fato não constitui crime.

b) Grave ameaça, também rotulada de **violência moral** ou **vis compulsiva**, é a promessa de mal grave, iminente e verossímil, ou seja, passível de concretização pelo agente. Exemplo: o agente diz ao licitante que, caso não abandone o processo licitatório em 48 horas, irá matar seu filho.

A grave ameaça pode se exteriorizar por palavras, gestos, símbolos, utilização de objetos em geral ou qualquer outro meio idôneo a revelar a intenção do agente de subjugar o licitante, retirando sua capacidade de resistência, de modo a afastá-lo do certame. Seu potencial intimidatório deve ser avaliado no caso concreto, levando em contas as circunstâncias ligadas à prática do crime, tais como o sexo, a idade e as condições físicas do agente e do licitante, o local e o horário do delito, entre outras.

c) Fraude é o artifício (fraude material), o ardil (fraude moral) ou qualquer outro meio análogo utilizado pelo agente para enganar o candidato, visando a afastá-lo do processo licitatório, a exemplo do envio de documento falso noticiando a revogação do certame pela Administração Pública.

d) Vantagem é o benefício ou utilidade de qualquer natureza. Pode ser econômica, e normalmente possui tal característica, mas o tipo penal expressamente admite o proveito de índole diversa, ao utilizar a expressão “oferecimento de vantagem de qualquer tipo”, a exemplo do apoio político, falsa amizade, favores sexuais etc.

7.1. Figura equiparada: art. 337-K, parágrafo único

Nos termos do art. 337-K, parágrafo único, do Código Penal: “Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.”

Cuida-se de situação peculiar (e necessária) no Brasil: a incriminação da **corrupção passiva privada**. Como se sabe, o Código Penal tipificou apenas a corrupção passiva do funcionário público (art. 317), nada obstante seja o Brasil signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 5.687/2006, a qual recomenda em seu art. 21 a tipificação do suborno no setor privado aos países que a ela aderiram.²

O legislador criou mais uma **exceção pluralista à teoria unitária ou monista** no concurso de pessoas. Com efeito, aquele que oferece a vantagem de qualquer tipo e o sujeito que se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida concorrem para o mesmo resultado, mas optou-se pela criação de figuras típicas diversas para cada um deles.

“**Quem se abstém**” pratica um crime omissivo próprio ou puro, e sequer inicia sua participação no processo licitatório. De seu turno, “**quem desiste**” realiza uma conduta comissiva, pois abandona a licitação em que figurava como um dos candidatos.

Se a abstenção ou desistência em razão da vantagem oferecida for cometida por funcionário público (exemplo: diretor de empresa pública que desiste de participar da licitação em troca de vantagem indevida), a ele deverão ser imputados os crimes de afastamento de licitante, em sua figura equiparada (CP, art. 337-K, parágrafo único) e de corrupção passiva circunstanciada (CP, art. 317, § 1.º), em concurso material. Nesse caso, o particular que ofereceu a vantagem responderá, em concurso, pelos delitos de afastamento de licitante,

² “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.”

em sua modalidade fundamental (CP, art. 337-K, *caput*) e corrupção ativa circunstanciada (CP, art. 333, parágrafo único).

Obviamente, não se configura a figura equiparada quando o afastamento do licitante ocorre em decorrência da violência, grave ameaça ou fraude contra ele perpetrada. Além da ausência de previsão legal nesse sentido, não havia o dolo de se abster ou de desistir de licitar.

8. SUJEITO ATIVO

O crime é **comum** ou **geral**. Pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pelo funcionário público, desde que com atuação desvinculada do exercício da sua função pública. De fato, entre o rol de atribuições de qualquer agente público não se insere a atividade de afastar ou tentar afastar licitante com emprego de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem indevida.

9. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa, em especial o licitante que se afastou ou que se tentou afastar por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

10. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. É irrelevante o motivo que levou o agente a afastar ou tentar afastar algum dos participantes do processo licitatório (exclusão de rival, vantagem por desavença pretérita, mero deboche etc.).

Não se admite a modalidade culposa.

11. CONSUMAÇÃO

O art. 337-K, *caput*, do Código Penal contém um **crime formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**: consuma-se

com a prática da conduta de afastar ou tentar afastar licitante em razão de violência, grave ameaça, fraude ou oferta de vantagem de qualquer natureza. Prescinde-se da produção do resultado naturalístico, consistente no efetivo afastamento do licitante ou no prejuízo ao trâmite do processo licitatório.

Na figura equiparada do parágrafo único, o crime é **material** ou **causal**, pois a consumação reclama a efetiva abstenção ou desistência do licitante em razão de vantagem oferecida, retirando da Administração Pública a chance de conhecer e eventualmente selecionar a proposta que seria por ele apresentada.

12. TENTATIVA

O afastamento de licitante, catalogado no *caput*, é **crime de atentado** ou **de mero empreendimento**. O tipo penal equiparou a tentativa à modalidade consumada, ao utilizar a expressão “afastar ou tentar afastar licitante”.

Não se admite, portanto, o *conatus* do crime previsto no art. 337-K, *caput*, do Código Penal, uma vez que a conduta correspondente à tentativa representa também a consumação, de acordo com a opção adotada pelo legislador.

A figura equiparada – art. 337-K, parágrafo único – também não comporta tentativa, por consagrar **crimes unissubsistentes**, incompatíveis com o fracionamento do *iter criminis*. De fato, ou o agente se abstém (crime omissivo próprio ou puro) ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida, e crime estará consumado, ou participa da licitação ou não desiste de licitar, e o fato será atípico.

13. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

14. LEI 9.099/1995

O afastamento de licitante é **crime de elevado potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 3 (três) a 5

(cinco) anos – inviabiliza a incidência dos institutos despenalizadores elencados pela Lei 9.099/1995.

15. EMPREGO DE VIOLÊNCIA E SOMA DAS PENAS

O afastamento de licitante comporta 4 (quatro) meios de execução: violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Quando o delito for cometido com emprego de violência, o agente deve suportar a pena cominada pelo art. 337-K do Código Penal – reclusão, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, e também a pena do crime resultante da violência, pouco importando sua natureza (lesão corporal leve, grave, gravíssima, homicídio consumado ou tentado etc.).

O preceito secundário do tipo penal consagra o **concurso material obrigatório** entre a pena do afastamento de licitante e a pena do crime correspondente à violência.

A soma das penas somente terá espaço quando o meio de execução eleito pelo agente consistir em violência. De fato, não há falar em concurso material obrigatório quando o afastamento de licitante for cometido com grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

16. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O afastamento de licitante é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa); **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (no *caput*) ou **material** ou **causal** (no parágrafo único); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**, mas **omissivo próprio** ou **puro** na conduta de se “abster”, prevista no parágrafo único; **instantâneo** (consume-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo, unilateral** ou **de concurso eventual** (cometido por uma só pessoa, mas admite o concurso); e **de atentado** ou **de mero empreendimento** (no *caput*) ou **unissubsistente** (no parágrafo único).

ART. 337-L

FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III – entrega de uma mercadoria por outra;

IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.”

Classificação:

Crime simples

Crime próprio ou especial

Crime material ou causal

Crime de dano

Crime de forma vinculada

Informações rápidas:

Objeto material: a licitação ou o contrato administrativo dela decorrente atingido pela fraude.

Elemento subjetivo: dolo (elemento subjetivo específico - propósito de causar prejuízo à Administração Pública). Não se admite a modalidade culposa.

Crime comissivo (regra)	Tentativa: admite (crime plurissubsistente).
Crime instantâneo ou permanente (depende do caso concreto)	Ação penal: pública incondicionada.
Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual	Lei Anticorrupção: as sanções nela contidas não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-L do Código Penal.
Crime plurissubsistente	

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 96 da Lei 8.666/1993 continha um crime análogo ao atualmente previsto no art. 337-L do Código Penal, rotulado como “fraude em licitação ou contrato”.

Além das mudanças na redação do tipo penal, com sua ampliação para abranger também a prestação de serviços – antes eram somente os bens ou mercadorias – operou-se um sensível aumento da pena privativa de liberdade, que passou a ser de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da multa.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-L Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:	Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;	I – elevando arbitrariamente os preços;
II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;	II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
III – entrega de uma mercadoria por outra;	III – entregando uma mercadoria por outra;
IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;	IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:	V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.	Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

3. INTRODUÇÃO

A licitação visa a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Não se pode descartar, entretanto, a prática de manobras espúrias mesmo depois de aparentemente ter sido obtida a melhor negociação pela Administração. Aquele que atua com má-fé pode, infelizmente, fraudar o processo licitatório ou, o que é mais frequente, a execução do contrato administrativo.

O art. 337-L incrimina condutas deste jaez, a comina pena privativa de liberdade bastante severa, e justificada pela postura inaceitável do agente, que exclui outros licitantes, celebra avença com a Administração Pública e, nada obstante, deixar de honrar o que se comprometeu a fazer. Sua postura, além do prejuízo imediato à coletividade, obriga a entidade pública a rescindir a licitação ou o contrato administrativo e, de forma urgente, buscar novos fornecedores de mercadorias ou serviços.

Cuida-se de **modalidade especial de estelionato**, na qual a fraude está inserida no contexto da licitação ou do contrato administrativo, e a lesão é suportada pela Administração Pública. Esta é a razão pela qual o art. 337-L do Código Penal pode ser chamado de “**estelionato licitatório**” ou “**estelionato administrativo-contratual**”, a depender do momento em que o delito é cometido.

4. LEI ANTICORRUPÇÃO

O art. 5.º, IV, “d”, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção arrola, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, a atividade de “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”. Na alínea “d”, por sua vez, está prevista a conduta de “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.”

Nada obstante tal diploma legislativo disponha sobre a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas**, as sanções nela contidas não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-L do Código Penal.

5. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no tocante ao seu patrimônio, e também a moralidade administrativa, a integridade e a regularidade do processo licitatório e do contrato dele decorrente.

Na seara do contrato administrativo, o tipo penal igualmente protege o princípio da justiça contratual, a comutatividade e a boa-fé que orientam a execução dos contratos. Para Silvio Luís Ferreira da Rocha:

“O princípio do equilíbrio contratual ou da justiça contratual requer a ordenação objetivamente justa das relações entre os contratantes, que supere e torne inócua a desigualdade fática das partes. (...) A comutatividade indica que as prestações de ambas as partes são conhecidas de antemão desde o momento da formação do contrato e, na medida do possível, equivalentes entre si. A equivalência, segundo a doutrina, não precisa ser objetiva – as vantagens procuradas pelos contratantes serem proporcionalmente as mesmas –, basta a equivalência subjetiva (a parte sente-se satisfeita conforme suas conveniências e interesses) e a certeza das prestações.”¹

6. OBJETO MATERIAL

É a licitação ou o contrato administrativo dela decorrente atingido pela fraude.

Duas situações devem ser destacadas.

1.^a situação: O legislador foi infeliz ao utilizar a expressão “ou contrato dela decorrente”. Com efeito, a fórmula legislativa condicionou o delito, na hipótese de fraude no contrato administrativo, à prévia existência de processo licitatório. Não se caracteriza o crime tipificado no art. 337-L do Código Penal, portanto, na fraude, com prejuízo à Administração Pública, que recaia em ajuste originado de contratação direta, ou seja, com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 128.

O tipo penal deveria ter utilizado a expressão “fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato, mediante (...)”, sem empregar as palavras “dela decorrente”.

2.^a situação: Inevitavelmente surgirá posição doutrinária e jurisprudencial sustentando a atipicidade do fato, mesmo com fraude e prejuízo à Administração Pública com alguma das condutas descritas nos incs. I a V do art. 337-L do Código Penal, nas situações previstas no art. 95 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assim redigido:

“Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I – dispensa de licitação em razão de valor;

II – compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.”

O argumento a ser levantado terá como apoio o princípio da reserva legal, em seu fundamento jurídico (taxatividade, certeza ou determinação), no sentido de que a configuração do delito, nesses casos, caracterizaria analogia *in malam partem*, pois o art. 337-L do Código Penal fala somente em “contrato”.

Não concordamos com essa linha de pensamento. Para nós, também será possível o crime de fraude em licitação nas situações descritas no art. 95 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nas quais o instrumento de contrato é substituído por outro **instrumento hábil**, a exemplo da carta-contrato, da nota de empenho de despesa, da autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

De fato, é preciso distinguir o contrato, em sua essência, do instrumento de contrato, consistente em sua formalização. Em todos os casos existe, independentemente das formalidades, um contrato administrativo, compreendido como o “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”²

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 181.

Em síntese, a existência do contrato administrativo não está condicionada à formalização do instrumento de contrato.

7. NÚCLEO DO TIPO

É **fraudar**, que equivale a iludir, enganar, ludibriar ou agir de má-fé em licitação ou contrato dela decorrente.

Embora normalmente presente nas situações concretas, o art. 337-L do Código Penal não condiciona a existência do delito à obtenção de vantagem ilícita pelo agente. Basta o prejuízo à Administração Pública.

Trata-se de **crime de forma vinculada**, pois o tipo penal arrola as condutas admitidas para a sua caracterização. Vejamos cada uma delas:

“Inc. I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais.”

Exige-se a efetiva entrega da mercadoria ou prestação de serviços, e a fraude recai sobre a qualidade ou quantidade do objeto previsto no edital ou no instrumento contratual. Exemplo: o município celebrou contrato com um frigorífico, para entrega mensal de uma tonelada de carne bovina, destinada à alimentação na rede pública de saúde, mas o contratado entrega somente 900 (novecentos) quilos.

“Inc. II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido.”

A mercadoria é entregue na quantidade ajustada, mas em alguma das situações de inferioridade ou imprestabilidade descritas em lei. Exemplo: o frigorífico entrega ao município uma tonelada de carne bovina, porém apodrecida e absolutamente imprópria ao consumo humano.

“Inc. III – entrega de uma mercadoria por outra.”

A fraude incide no objeto entregue pelo contratado. Como há lesão à Administração Pública, pressupõe-se a entrega de mercadoria de preço inferior ao ajustado. Exemplo: o contrato celebrado entre o município e o frigorífico previa a entrega mensal de uma tonelada de carne bovina, mas foi entregue carne suína, de valor menor.

“Inc. IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido.”

O agente fraudulentamente modifica a mercadoria ou serviço fornecido. A alteração pode envolver a substância (exemplo: utilização de granito no lugar de mármore, na reforma dos banheiros do hospital), a qualidade (exemplo: utilização de pneus de qualidade inferior nas revisões das viaturas do hospital) ou quantidade (exemplo: a empresa contratada troca somente três pneus de cada viatura, utilizando o estepe original no lugar do quarto pneu).

“Inc. V – qualquer meio fraudulento que se torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.”

O legislador valeu-se da **interpretação analógica** (ou *intra legem*), apresentando uma fórmula genérica depois de ter catalogado, nos incisos precedentes, fórmulas casuísticas. Esse inciso deve ser compreendido em sintonia com os anteriores, ou seja, é imprescindível a fraude, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento capaz de proporcionar maior custo à Administração Pública, tanto na fase licitatória, em face da divergência da realidade com a proposta apresentada, como na execução do contrato.

8. SUJEITO ATIVO

O crime é **próprio** ou **especial**, pois somente pode ser cometido pelo funcionário público ou pelo particular (licitante ou contratado) que venha a fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente. Em outras palavras, exige-se a ligação entre o agente e a licitação ou o contrato administrativo, pois somente

tais pessoas têm condições de realizar as condutas descritas no art. 337-L do Código Penal.³

Admite-se o concurso de pessoas, em ambas as suas modalidades (coautoria e participação).

9. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública, especificamente no tocante à entidade lesada pela fraude (União, Estado, Distrito Federal ou Município) e, mediatemente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa, a exemplo do licitante ou contratado sem qualquer envolvimento com o procedimento fraudulento.

10. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, acompanhado de uma finalidade específica (elemento subjetivo específico), consistente no propósito de causar prejuízo à Administração Pública.

Portanto, não se caracteriza o delito quando o agente realiza uma das condutas descritas no art. 337-L do Código Penal, lesando apenas interesse de particulares, sem qualquer prejuízo à Administração Pública.

Não se admite a modalidade culposa.

11. CONSUMAÇÃO

A fraude em licitação é **crime material** ou **causal**. Seu aperfeiçoamento depende da produção do resultado naturalístico, consistente no prejuízo à Administração Pública. Pode ser **crime instantâneo** ou **permanente**, se a consumação se prolongar no tempo, pela vontade

³ Certamente surgirão vozes, no entanto, sustentando tratar-se de crime comum ou geral, com a alegação de que poderia ser praticado por qualquer pessoa, com o que não concordamos.

do agente, como no exemplo em que, durante a execução do contrato ao longo de um ano, com entregas mensais da mercadoria pelo contratado, a fraude venha a incidir sobre todas as parcelas atinentes ao cumprimento da avença.

Embora o tipo penal não faça menção, esse prejuízo deve ser de natureza econômica. Essa é a única conclusão que pode ser extraída da análise dos incisos I a V do art. 337-L do Código Penal, nos quais se visualiza a lesão aos cofres públicos.

12. TENTATIVA

É cabível, em face do caráter plurissubsistente do delito, compatível com o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: o diretor da empresa contratada para fornecimento de merenda escolar tenta servir produtos alimentícios com prazo de validade vencido, mas tal comportamento é percebido pelo Secretário de Educação do município, que determina a apreensão de tais alimentos.

13. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

14. LEI 9.099/1995

A fraude em licitação ou contrato é **crime de elevado potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos – inviabiliza os benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.

15. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A fraude em licitação é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** ou **especial** (somente pode ser cometido pelo particular ou pelo funcionário público envolvido na licitação ou no contrato administrativo); **material** ou **causal** (a consumação depende

do prejuízo à Administração Pública); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma vinculada** (admite apenas os modos de execução indicados pelo tipo penal); em regra **comissivo**; **instantâneo** ou **permanente** (a depender do caso concreto); **unissubjetivo**, **unilateral** ou **de concurso eventual** (cometido por uma só pessoa, mas admite o concurso); e **plurissubsistente**.

ART. 337-M

CONTRATAÇÃO INIDÔNEA

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do *caput* deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.”

Classificação:

Crime simples

Crime próprio ou especial

Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado

Crime de dano

Crime de forma livre

Crime comissivo (regra)

Crime instantâneo

Crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário e de condutas paralelas

Crime plurissubsistente

Informações rápidas:

Objeto material: a licitação ou o contrato administrativo celebrado com empresa ou profissional declarado inidôneo.

Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa.

Tentativa: admite (crime plurissubsistente).

Ação penal: pública incondicionada.

Figuras equiparadas: art. 337-M, § 2.º

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 97 da Lei 8.666/1993 apresentava um crime semelhante ao atual art. 337-M do Código Penal. Existem, porém, claras diferenças:

- (a) na Lei 8.666/1993, existia um único tipo penal para a fase da licitação e para a etapa do contrato administrativo. Agora, há tipos penais diversos (*caput* e § 2.º, 1.ª parte, de um lado, e § 1.º e § 2.º, parte final);
- (b) a pena privativa de liberdade foi elevada em seus limites mínimo e máximo, tanto para quem admite à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo (*caput*) como para quem celebra contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo (§ 1.º), e também para as figuras equiparadas contidas no § 2.º do art. 337-M do Código Penal.

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-M Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.	Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.	Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.
§ 2º Incide na mesma pena do <i>caput</i> deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.	

3. INTRODUÇÃO

O art. 155 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos elenca **infrações administrativas** aplicáveis tanto ao licitante quanto ao contratado. São elas:

“I – dar causa à inexecução parcial do contrato;

- II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III – dar causa à inexecução total do contrato;
- IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI – praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5.º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.”

Tais infrações devem ser apuradas em sede de regular processo administrativo, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, na forma exigida pelo art. 5.º, LV, da Constituição Federal.

Depois de apurada a responsabilidade do licitante ou contratado, a ele serão aplicáveis as sanções previstas no art. 156 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, destacando-se, em seu inc. IV, a **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar**. Como a lei não faz restrições, a penalidade alcança todas as esferas da Administração Pública (federal, estaduais, distrital e municipais). De fato, não seria razoável a inidoneidade para contratar perante um ente federativo não subsistir perante os demais.

Essa sanção administrativa, para ser superada, depende da **reabilitação** do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, e reclama, cumulativamente: I – a reparação integral do dano causado à Administração Pública; II – pagamento da multa; e III – transcurso do prazo mínimo de 3 (três) anos da aplicação da penalidade; IV – cumprimento das condições de reabi-

litação definidas no ato punitivo; e V – análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos legais exigidos para a reabilitação (art. 163 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A declaração de inidoneidade impõe ao seu destinatário a proibição de participar de processo licitatório ou de contratar com a Administração Pública, pois cria para ele a presunção absoluta (*iuris et de iure*) de que não goza dos requisitos mínimos de idoneidade.

Os efeitos da declaração de idoneidade operam-se para o futuro (*ex nunc*). Não retroagem para atingir fatos pretéritos. Em síntese, tal declaração impede a empresa ou o profissional de licitar ou contratar com a Administração Pública, mas não conduz à rescisão automática dos contratos administrativos já celebrados.

3.1. Situações especiais de declaração de inidoneidade

Além da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diversos outros diplomas normativos preveem a declaração de inidoneidade como sanção administrativa, destacando-se:

- a) Art. 33, V, da Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação;
- b) Art. 73, III, da Lei 13.019/2014 – Regime Jurídico das Parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil; e
- c) Art. 46 da Lei 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.¹

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no tocante à correção e à lisura do processo licitatório e do contrato administrativo, bem como a moralidade administrativa, pois não há como se respeitar tal princípio admitindo-se à licitação ou contratando

¹ Essa declaração de inidoneidade impede o licitante fraudador de participar, por até cinco anos, de licitação na **Administração Pública Federal**.

empresa ou profissional declarado inidôneo para licitar ou contratar com o Poder Público.²

Também se protege, por via reflexa, a autoridade e a eficácia da decisão que declarou a inidoneidade da empresa ou do profissional para participar de processos licitatórios e celebrar contratos com a Administração Pública.

5. OBJETO MATERIAL

É a licitação ou o contrato administrativo celebrado com empresa ou profissional declarado inidôneo.

6. NÚCLEOS DO TIPO

No *caput*, é **admitir**, no sentido de aceitar ou tolerar como participante da licitação uma empresa ou profissional previamente declarado inidôneo. É o que se dá, exemplificativamente, quando o funcionário público atuante na comissão de contratação procede à habilitação de profissional maculado pela declaração de inidoneidade.

No § 1.º, de outro lado, o núcleo é **celebrar**, ou seja, promover ou efetivar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. Essa modalidade do delito pode ocorrer em duas situações:

- a) o contrato administrativo foi celebrado diretamente, isto é, sem prévio processo licitatório, diante da caracterização de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação (arts. 74 e 75 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos);
- b) o contrato administrativo foi antecedido de processo licitatório. Nesse caso, se o funcionário público já tinha ciência, na fase da licitação, da declaração de idoneidade da empresa ou do profissional, deverá responder unicamente pelo crime tipificado no art. 337-M, § 1º, do Código Penal, mais grave do que a figura do

² GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2004. p. 157.

caput. A pluralidade de condutas deve ser levada em consideração pelo magistrado na dosimetria da pena-base (1.^a etapa do critério trifásico), como circunstância judicial desfavorável, com amparo no art. 59, *caput*, do Código Penal.

6.1. Figuras equiparadas: art. 337-M, § 2.º

Como estabelece o § 2.º do art. 337-M do Código Penal: “Incide na mesma pena do *caput* deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1.º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.”

Esse delito constitui uma modalidade especial de exercício de atividade com infração de decisão administrativa, definido no art. 205 do Código Penal.³ O conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade.

Trata-se de mais uma **exceção pluralista à teoria unitária ou monista no concurso de pessoas**. Há nítida relação com o *caput* (1.^a parte) e com o § 1.º (parte final). O profissional declarado inidôneo, ou então o representante da empresa declarada inidônea, descumpra a sanção administrativa que lhe foi imposta e efetivamente participa do processo licitatório ou contrata com a Administração Pública.

O particular e o funcionário público concorrem para igual resultado, mas o legislador optou por criar delitos diversos para cada um deles. Aquele responde pelo § 2.º; este, pelo *caput* ou pelo § 1.º.

Pode acontecer, entretanto, de o particular agir sozinho, isto é, sem a colaboração do funcionário. É o que se dá, por exemplo, quando ele usa documento falso para se apresentar como idôneo a licitar e contratar com o Poder Público. O crime contra a fé pública (crime-meio) fica absorvido pelo delito inscrito no art. 337-M, § 2.º, do Código Penal.

³ “Art. 205 – Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa: Pena – detenção, de três meses a dois anos, ou multa.”

7. SUJEITO ATIVO

Os §§ 1.º e 2.º do art. 337-M do Código Penal contemplam **crimes próprios ou especiais**, pois somente podem ser cometidos pelo membro da comissão de contratação ou pelo funcionário público com atribuições para admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo.⁴

Se todos os membros da comissão de contratação têm conhecimento da inidoneidade da empresa ou do profissional, e ainda assim o admitirem à licitação, devem eles responder pelo delito, em concurso de pessoas. Estará excluído o delito, evidentemente, relativamente ao integrante da comissão que divergir, de forma fundamentada, da decisão tomada por maioria pelos seus pares.

O § 2.º do art. 337-M do Código Penal igualmente veicula **crimes próprios ou especiais**. Com efeito, tais delitos apenas podem ser praticados pelo profissional ou pelo representante da empresa declarado inidôneo em sede de processo administrativo destinado a apurar qualquer das infrações administrativas elencadas pelo art. 155 da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

8. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Não se admite a modalidade culposa.

⁴ A celebração do contrato administrativo constitui-se em encargo do gestor dos recursos públicos (ordenador de despesas ou ocupante de função análoga) ou então da autoridade máxima em cada ente da Administração Pública (Prefeito, no Poder Executivo municipal, Presidente da Câmara de Vereadores, no Legislativo do município etc.).

O erro de tipo, ainda que inescusável, exclui o dolo. Como o art. 337-M do Código Penal, no *caput* e no § 1.º, admite unicamente o dolo, o fato será atípico para o funcionário público da comissão de contratação, responsável pelo processo licitatório ou contrato administrativo, que acredita na idoneidade da empresa ou do profissional.

É importante destacar, contudo, que pode (e deve) ser exigido do funcionário público um especial cuidado para verificar a presença, no caso concreto, da declaração de inidoneidade do profissional ou da empresa. Com efeito, os entes federativos em geral contam com sítios eletrônicos de “Portais da Transparência”, os quais permitem o fácil acesso de qualquer pessoa, e notadamente daqueles que lidam com recursos públicos, às pessoas físicas e jurídicas declaradas inidôneas para licitar ou contratar com o Poder Público.

Se ficar demonstrado que o funcionário público propositalmente “fechou os olhos” para não se deparar com a evidente declaração de inidoneidade do licitante ou do contratado, deverá responder pelo crime tipificado no art. 337-M do Código Penal. É perfeitamente aplicável a **teoria da cegueira deliberada** ou ***willful blindness***, pela qual o dolo reputa-se presente na situação em que o agente não conhece uma ilicitude em razão de ter livremente optado por ignorá-la.

10. CONSUMAÇÃO

No *caput*, o delito se consuma no momento em que a empresa ou o profissional declarado inidôneo é admitido a participar do processo licitatório. No § 1.º, por sua vez, o crime se aperfeiçoa com a celebração do contrato com a empresa ou profissional rotulado pela inidoneidade administrativa.

Nos dois casos o crime é **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**. A consumação se dá com a prática das condutas descritas em lei. Não se reclama a produção do resultado naturalístico, ou seja, prescinde-se da adjudicação do objeto do contrato ao licitante inidôneo ou do recebimento de qualquer pagamento pelo contratado sem idoneidade. O tipo penal não exige o prejuízo econômico aos cofres públicos.

11. TENTATIVA

É cabível, em face do caráter plurissubsistente dos delitos, permitindo o fracionamento do *iter criminis*. Exemplos: (a) um membro da comissão de contratação, ciente desta situação, atua para admitir à licitação profissional declarado inidôneo, mas tem seu projeto frustrado pela intervenção do seu superior hierárquico; e (b) o ordenador de despesas tenta celebrar contrato com empresa declarada inidônea mas, antes da formalização da avença, vem a ser afastado das suas funções por decisão superior.

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada, em todas as modalidades do delito.

13. LEI 9.099/1995

No *caput* e na primeira parte do § 2.º, o art. 337-M do Código Penal contempla **crimes de médio potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade, em seu patamar mínimo, autoriza a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos elencados pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.

No § 1.º e na parte final do § 2.º, por sua vez, o tipo penal veicula **crimes de elevado potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos – inviabiliza os benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A contratação inidônea é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** ou **especial**; **formal**, de **consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consume-se com a prática da conduta descrita em lei, prescindindo da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer

meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **plurissubjetivo**, **plurilateral** ou **de concurso necessário** (reclama o concurso entre o funcionário público e o representante da empresa ou o profissional declarado inidôneo) e **de condutas paralelas** (os agentes buscam igual resultado); e **plurissubsistente**.

ART. 337-N

IMPEDIMENTO INDEVIDO

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Classificação: Crime simples Crime próprio ou especial Crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado Crime de dano Crime de forma livre Crime comissivo (regra) Crime instantâneo Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual Crime plurissubsistente	Informações rápidas: Objeto material: a inscrição do interessado nos registros cadastrais. Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa. Tentativa: admite (crime plurissubsistente). Ação penal: pública incondicionada.
--	--

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O art. 98 da Lei 8.666/1993 previa um delito semelhante ao impedimento indevido, atualmente definido no art. 337-N do Código Penal. A redação típica era praticamente idêntica, e alterou-se unicamente a qualidade da pena privativa de liberdade, que passou a ser de reclusão, mantendo-se a sua quantidade (6 meses a 2 anos).

Nova Lei	Lei 8.666/1993
Art. 337-N Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

3. INTRODUÇÃO

Na sistemática da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o **registro cadastral** constitui-se em procedimento auxiliar das licitações e contratações (art. 78, V, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Trata-se de instrumento de utilização obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública, para efeito de cadastro unificado dos licitantes, razão pela qual é disponibilizado no **PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas** (art. 87, *caput* e art. 174, § 3.º, I).

Além disso, o sistema de registro cadastral unificado é público e deve ser amplamente divulgado e estar plenamente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela *internet*, no mínimo anual, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados (art. 87, § 1.º).

Para ser inscrito no registro cadastral, ou para promover sua atualização, o interessado deve fornecer os elementos necessários para habilitação em processos licitatórios (art. 88, *caput*).

O inscrito será classificado por categorias, considerada sua área de atuação, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com as regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial (art. 88, § 1.º).

Com a inscrição será fornecido certificado, renovável sempre que o interessado atualizar o registro (art. 88, § 2.º).

O registro de eventuais penalidades aplicadas pela Administração Pública ao contratado, pelo mau desempenho na execução contratual, constará do registro cadastral (art. 88, § 3.º).

O registro cadastral poderá ser a qualquer tempo alterado, suspenso ou cancelado, se o inscrito deixar de satisfazer exigências determinadas pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou por regulamento (art. 88, § 5.º).

Finalmente, o interessado que requerer o cadastro poderá participar de processo licitatório, até a decisão da Administração, mas a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado de inscrição no registro cadastral (art. 88, § 6.º).

É fácil notar, portanto, que o registro cadastral funciona como um sistema de armazenamento das informações e dos dados imprescindíveis à comprovação da regularidade fiscal, técnica, jurídica, econômica e financeira dos interessados em participar de licitações ou celebrar contratos com a Administração Pública.

Cada ente – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – possui seu próprio registro cadastral, sem prejuízo do cadastro unificado dos licitantes, disponibilizado no **PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas**.

A inscrição do registro cadastral independe da participação do interessado em um processo licitatório determinado.¹ Trata-se de

¹ A propósito, é válido destacar que no **leilão** não se exige o registro cadastral prévio, até porque não há fase de habilitação. É o que se extrai do art. 31, § 4.º, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: “O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.”

meio facilitador da fase de habilitação, pois a pessoa física ou jurídica nele inscrita fica dispensada de apresentar os documentos exigidos pela licitação específica, uma vez que sua habilitação já foi previamente realizada. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “Para os particulares a inscrição nos registros cadastrais representa a possibilidade de promover a comprovação de requisitos perante a Administração sem os atropelos e riscos exigidos em determinada licitação.”²

A propósito, a Administração Pública pode, inclusive, realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento (art. 87, § 3.º, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Nessa hipótese, o prejuízo causado ao interessado afetado pelo impedimento indevido torna-se ainda maior.

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é a Administração Pública, relativamente à regularidade, à lisura e à competitividade do processo licitatório, bem como a moralidade administrativa e a isonomia entre os licitantes. O impedimento indevido atribuído ao interessado em licitar ou celebrar contrato com o Poder Público enfraquece a busca pela proposta mais vantajosa ao Poder Público.

Também se tutela a certeza e a segurança do registro cadastral.³

5. OBJETO MATERIAL

É a inscrição do interessado nos registros cadastrais.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 488.

³ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 176.

6. NÚCLEOS DO TIPO

O art. 337-N do Código Penal contempla duas condutas típicas:

1.ª conduta: “Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais”

Há três núcleos: “obstar”, “impedir” e “dificultar”.

Obstar é causar empecilho ou criar obstáculo; **impedir** equivale inviabilizar, impossibilitar. Obstar e impedir, em verdade, são sinônimos, e bastaria o uso, pelo legislador, de somente um dos verbos. **Dificultar**, por sua vez, é embaraçar, complicar ou tornar algo mais difícil do que o normal.

A palavra “**injustamente**” representa um **elemento normativo do tipo**, cuja compreensão reclama a valoração do caso concreto. No contexto do art. 337-N do Código Penal, injustamente equivale a “**sem justa causa**”, ou seja, sem amparo legal. O funcionário público obistou, impediu ou dificultou a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais sem base jurídica para fazê-lo.

Destarte, não há crime quando o agente se escorou em motivo legítimo para rechaçar a inscrição do interessado nos registros cadastrais. Exemplificativamente, o art. 156, III, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe o “impedimento de licitar e contratar” como uma das sanções aplicáveis ao responsável pelas infrações administrativas nela previstas, notadamente pelo seu art. 155.

De igual modo, na sistemática da Lei 13.303/2016, uma das sanções aplicáveis pela empresa pública ou sociedade de economia mista ao contratado que der causa à inexecução total ou parcial do contrato é o impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 83, III). Essa penalidade também será aplicável às empresas ou profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei 13.303/2016: I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; e III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

Trata-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Se o funcionário público incidir em mais de um núcleo, no tocante à inscrição do mesmo interessado nos registros cadastrais, estará caracterizado um único delito de impedimento indevido.

2.^a conduta: *“Promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito”*

O núcleo é **“promover”**, no sentido de realizar, proporcionar ou propiciar, indevidamente, a alteração, a suspensão ou o cancelamento do registro do inscrito.

Ao contrário da primeira modalidade da conduta criminosa, na qual o agente atua para vedar injustamente a inscrição do interessado nos registros cadastrais, nessa figura típica a pessoa (física ou jurídica) já está registrada no órgão público, e o sujeito adota providências para, indevidamente, efetuar a alteração (mudança), a suspensão (descontinuação temporária) ou o cancelamento (extinção) de tal registro.

Indevidamente é elemento normativo do tipo, e traz a ideia de algo ilícito, ou seja, não permitido pelo Direito. Logo, não há crime quando alguma norma jurídica impõe ao funcionário público o dever de alterar, suspender ou cancelar o registro do inscrito. Exemplo: o art. 88, § 5.º, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos preceitua que o registro cadastral poderá ser a qualquer tempo alterado, suspenso ou cancelado, se o inscrito deixar de satisfazer exigências determinadas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou por regulamento.

7. SUJEITO ATIVO

Cuida-se de **crime próprio ou especial**, pois somente pode ser praticado pelo funcionário público dotado do poder de obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais, ou então de promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.

Admite-se o concurso de pessoas, em ambas as suas modalidades – coautoria e participação –, seja com outro funcionário público, seja com um particular, uma vez que a condição funcional é elementar do delito, razão pela qual é comunicável aos demais envolvidos no delito, a teor da regra contida no art. 30 do Código Penal.

8. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa.

9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Em outras palavras, pouco importa o motivo que levou o agente a proceder ao impedimento indevido (desavenças com o interessado, capricho pessoal, amizade com outro licitante etc.).

Não se admite a modalidade culposa.

10. CONSUMAÇÃO

Na primeira conduta típica, o crime se consuma no momento em que o agente obsta, impede ou dificulta, injustamente, a inscrição do interessado nos registros cadastrais, ainda que ele venha a conseguir efetuar sua inscrição no registro cadastral, valendo-se para tanto de instrumentos administrativos ou jurisdicionais.

Na segunda conduta típica, de seu turno, o delito se consuma quando o funcionário público promove indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito, ainda que tal registro posteriormente seja por qualquer meio normalizado.

Em qualquer caso, o crime é **formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado**. Consuma-se com a prática da conduta descrita em lei, independentemente da produção do resultado naturalístico.

11. TENTATIVA

É cabível, pois a natureza plurissubsistente do delito comporta o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: o funcionário público dolosamente transmite uma relação equivocada de documentos ao interessado, para obstar sua inscrição no registro cadastral do Muni-

cípio, mas tal comportamento é imediatamente notado pelo superior hierárquico, que vem a apresentar ao interessado os documentos corretos à sua inscrição.

Na prática, porém, a tentativa é rara, uma vez que o ato de dificultar a inscrição do interessado nos registros cadastrais ou de promover indevidamente a alteração do registro do inscrito já conduz à consumação do delito.

12. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

13. LEI 9.099/1995

Diante da pena privativa de liberdade cominada – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos –, o impedimento indevido constitui-se em **infração penal de menor potencial ofensivo**, de competência do Juizado Especial Criminal e compatível com a transação penal, desde que presentes os requisitos exigidos pelo art. 76 da Lei 9.099/1995.

14. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O impedimento indevido é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** ou **especial**; **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta descrita em lei, prescindindo da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); em regra **comissivo**; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente praticado por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **plurissubsistente**.

ART. 337-O

OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA

1. DISPOSITIVO LEGAL

“Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.”

Classificação: Crime simples Crime próprio ou especial Crime formal, material ou causal Crime de dano Crime de forma livre Crime comissivo ou omissivo (na conduta “omitir”) Crime instantâneo Crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual Crime unissubsistente (“omitir”) ou plurissubsistente (“entregar” e “modificar”)	Informações rápidas: Objeto material: o levantamento cadastral ou a condição de contorno em relevante dissonância com a realidade. Elemento subjetivo: dolo, não se admite a modalidade culposa. Tentativa: cabível nas condutas de modificar e entregar . Na conduta de omitir não se admite o <i>conatus</i> . Ação penal: pública incondicionada. Fim de obter benefício e aumento da pena: art. 337-O, § 2.º, do Código Penal.
---	--

2. INTRODUÇÃO

A omissão grave de dado ou de informação por projetista representa uma das inovações proporcionadas pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no âmbito penal. A Lei 8.666/1993 não continha crime semelhante.

A finalidade do legislador foi combater as frequentes e graves ilicitudes praticadas em licitações envolvendo projetos de engenharia, notadamente em obras de construção e reforma de imóveis, e também na compra e venda de tais bens. Essa conclusão pode ser extraída tanto da leitura do tipo penal como do nome do delito.

3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é Administração Pública, em seu duplo aspecto: (a) moral: isonomia, moralidade, competitividade e regularidade do processo licitatório; e (b) material: defesa do patrimônio público.

4. OBJETO MATERIAL

É o levantamento cadastral ou a condição de contorno em relevante dissonância com a realidade.

Levantamento cadastral é a atividade que consiste na medição manual, por meio de instrumentos adequados, a exemplo da trena ou de aparelhos eletrônicos, de uma edificação existente. Tem como finalidades, entre outras, a apuração da viabilidade de um projeto de engenharia e a avaliação de imóveis.

A **condição de contorno**, de seu turno, foi definida pelo § 1.º do art. 337-O do Código Penal como “as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.” Trata-se de **norma penal explicativa** ou **complementar**.

O art. 337-O, *caput*, do Código Penal reclama o levantamento cadastral ou condição de contorno “**em relevante dissonância com a realidade**”, isto é, em flagrante e proposital divergência com a situação fática em que foi elaborado. Não basta qualquer dissonância com a realidade. Há de ser “relevante”, ou seja, substancial, produzida dolosamente e perceptível pela pessoa dotada de conhecimentos técnicos na respectiva área de atuação.

5. NÚCLEOS DO TIPO

São três: omitir, modificar e entregar.

Omitir é deixar de fazer algo, quedar-se inerte. A conduta negativa revela um **crime omissivo próprio (ou puro)**, pois a omissão está descrita no próprio tipo penal.

Modificar e **entregar** representam condutas positivas (crimes **comissivos**). Modificar equivale a alterar, mudar algo; entregar, por sua vez, significa dar algo a alguém.

O agente omite, modifica ou entrega à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, frustrando a competitividade do processo licitatório ou inviabilizando a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pois seu comportamento tem o condão de excluir ou prejudicar um ou mais licitantes, não raras vezes com o favorecimento de determinado participante do certame.

Trata-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Se o agente praticar mais de um núcleo, no tocante ao mesmo objeto material – levantamento cadastral ou condição de contorno –, estará caracterizado um único de delito. A pluralidade de condutas há de ser utilizada pelo magistrado na dosimetria da pena-base, como circunstância judicial desfavorável.

Qualquer das condutas típicas deve ser cometida no bojo de contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse. A Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta definições para cada uma dessas situações. Vejamos.

Projeto básico, a teor do art. 6.º, XXV, é o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;

- c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do *caput* do art. 46 desta Lei.”

Projeto executivo, por sua vez, é o “conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes” (art. 6.º, XXVI).

Anteprojeto é a “peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;

- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação” (art. 6.º, XXIV).

Diálogo competitivo é a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos” (art. 6.º, XLII).

Finalmente, o **procedimento de manifestação de interesse** constitui-se em procedimento auxiliar das contratações e licitações (art. 78, III). Nos termos do art. 81, *caput*, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos;

“Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.”

6. SUJEITO ATIVO

Cuida-se de **crime próprio** ou **especial**, pois somente pode ser cometido pelo “projetista”, compreendido como o profissional capacitado a elaborar o levantamento cadastral ou a condição de contorno.

Admite-se o concurso de pessoas, seja com um particular (exemplo: empresário que contrata o projetista para modificar o levantamento cadastral), seja com um funcionário público (exemplo: engenheiro da Prefeitura que percebe a dissonância da condição de contorno com a realidade, mas não reporta tal circunstância aos membros da comissão de contratação).

7. SUJEITO PASSIVO

É a Administração Pública e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa, a exemplo da empresa licitante cuja proposta foi preterida, em sede de diálogo competitivo, por força do levantamento cadastral apresentado pelo projetista em descompasso com a realidade.

8. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Não se admite a modalidade culposa.

8.1. Fim de obter benefício e aumento da pena

Nos termos do art. 337-O, § 2.º, do Código Penal: “Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.”

Cuida-se **causa de aumento da pena**, a ser aplicada na terceira e última fase da dosimetria da pena.

O “benefício” deve ser compreendido como a vantagem de qualquer natureza, econômica ou não (exemplos: prestígio político, apoio na disputa por cargo público etc.), e pode ser direto ou indireto, ou seja, obtido de imediato ou visando ao futuro. A lei admite o benefício próprio (do agente) ou de outrem, a saber, direcionado a terceira pessoa, física ou jurídica, mas diversa da Administração Pública.

A incidência da majorante se contenta com a finalidade de obter o “benefício”, o qual não precisa ser efetivamente auferido pelo agente. Basta seja a conduta praticada com tal propósito.

9. CONSUMAÇÃO

A omissão grave de dado ou de informação por projetista é **crime material** ou **causal**: consuma-se com a omissão, modificação ou entrega à Administração Pública do levantamento cadastral ou

da condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, daí resultando a frustração ao caráter competitivo da licitação ou o prejuízo à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.

10. TENTATIVA

É cabível a tentativa nas condutas de **modificar** e **entregar** à Administração Pública o levantamento cadastral ou a condição de contorno em relevante dissonância com a realidade. A natureza plurissubsistente do delito, em tais casos, autoriza o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: o projetista protocola o levantamento cadastral manipulado na recepção da repartição pública, para ser entregue ao setor em que tramita o procedimento de manifestação de interesse. O documento, contudo, vem a ser extraviado, circunstância impeditiva da frustração do caráter competitivo da licitação.

Na conduta de **omitir**, por sua vez, não se admite o *conatus*. Trata-se nessa hipótese de **crime omissivo próprio** ou **puro**, e **unisubsistente**, razão pela qual não há falar na divisão do *iter criminis*. Há duas opções: (a) o projetista dolosamente se omite, e o crime está consumado; ou (b) ele não se omite, e o fato é atípico.

11. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

12. LEI 9.099/1995

Cuida-se de **crime de médio potencial ofensivo**. A pena privativa de liberdade cominada, em seu patamar mínimo – 6 meses – autoriza a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos arrolados pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.

13. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A omissão grave de dado ou de informação por projetista é crime **simples** (ofende um único bem jurídico); **próprio** ou **especial**; **formal**, **material** ou **causal** (a consumação depende da produção do resultado naturalístico); **de dano** (lesa o bem jurídico tutelado); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); **comissivo** ou **omissivo** (na conduta “omitir”); **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **unilateral** ou **de concurso eventual** (normalmente praticado por uma única pessoa, mas admite o concurso); e **unissubsistente** (“omitir”) ou **plurissubsistente** (“entregar” e “modificar”).





BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 3. ed. São Paulo: Editora NDJ, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- NORONHA, E. Magalhães. *Questões acerca da tentativa. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- SOUZA, Renee do Ó. *Leis penais especiais comentadas*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

125201344

